

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	5
Übersicht.....	11
I. Die völkerrechtlichen Normen.....	19
A. Internationales Gewohnheitsrecht.....	21
B. Allgemeine Rechtsgrundsätze.....	32
C. Billigkeit	37
D. Völkerrechtliche Verträge.....	39
E. Einseitige völkerrechtliche Rechtsgeschäfte	49
F. Die Hilfsmittel: Rechtsprechung und Lehre	52
G. Die Hierarchie der völkerrechtlichen Normen.....	55
II. Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht: Monismus, Dualismus...59	
A. Monismus.....	60
B. Dualismus	63
C. Praktische Bedeutung der Theorien.....	65
III. Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung am Beispiel einiger Staaten.....	69
A. Deutschland	70
1. Die innerstaatliche Stellung des Völkerrechts	70
a) Allgemeine Regeln des Völkerrechts	71
b) Völkerrechtliche Verträge	79
c) Gemeinschaftsrecht	87
2. Die Kompetenzverteilung in völkerrechtlichen Angelegenheiten	94
a) Kompetenzverteilung zwischen dem Bund und den Ländern.....	96

b) Kompetenzverteilung zwischen den Bundesorganen	102
3. Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung.....	114
a) Einfluss der allgemeinen Regeln des Völkerrechts	114
b) Einfluss der völkerrechtlichen Verträge	116
c) Einfluss des Gemeinschaftsrechts.....	118
B. Frankreich.....	120
1. Die innerstaatliche Stellung des Völkerrechts.....	120
a) Allgemeine Regeln des Völkerrechts.....	121
b) Völkerrechtliche Verträge.....	125
c) Gemeinschaftsrecht.....	138
2. Die Kompetenzverteilung in völkerrechtlichen Angelegenheiten.....	142
3. Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung.....	152
a) Einfluss der allgemeinen Regeln des Völkerrechts	152
b) Einfluss des Vertragsrechts.....	154
c) Einfluss des Gemeinschaftsrechts.....	157
C. Das Vereinigte Königreich.....	159
1. Die innerstaatliche Stellung des Völkerrechts.....	160
a) Internationales Gewohnheitsrecht.....	161
b) Völkerrechtliche Verträge.....	168
c) Gemeinschaftsrecht.....	177
2. Die Kompetenzverteilung in völkerrechtlichen Angelegenheiten.....	181
3. Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung.....	185
a) Einfluss des internationalen Gewohnheitsrechts	186
b) Einfluss der völkerrechtlichen Verträge	187
c) Einfluss des Gemeinschaftsrechts.....	187
D. Die Vereinigten Staaten von Amerika.....	189
1. Die innerstaatliche Stellung des Völkerrechts.....	190
a) Internationales Gewohnheitsrecht.....	191
b) Völkerrechtliche Verträge.....	199
2. Die Kompetenzverteilung in völkerrechtlichen Angelegenheiten.....	210
a) Kompetenzverteilung zwischen dem Bund und den Gliedstaaten.....	210
b) Kompetenzverteilung zwischen den Bundesorganen	214
3. Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung.....	226
a) Einfluss des internationalen Gewohnheitsrechts	226
b) Einfluss der völkerrechtlichen Verträge	228
E. Schweden.....	231
1. Die innerstaatliche Stellung des Völkerrechts.....	233
a) Allgemeine Regeln des Völkerrechts.....	234

b) Völkerrechtliche Verträge	236
c) Gemeinschaftsrecht	243
2. Die Kompetenzverteilung in völkerrechtlichen Angelegenheiten	248
3. Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung	251
a) Einfluss der allgemeinen Regeln des Völkerrechts	252
b) Einfluss der völkerrechtlichen Verträge	253
c) Einfluss des Gemeinschaftsrechts	254
IV. Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung in der Schweiz.....	255
A. Die innerstaatliche Stellung des Völkerrechts	257
1. Allgemeine Regeln des Völkerrechts	269
a) Geltung	270
b) Anwendung	274
c) Rang	276
2. Völkerrechtliche Verträge	295
a) Geltung	296
b) Anwendung	302
c) Rang	317
B. Die Kompetenzverteilung in völkerrechtlichen Angelegenheiten	351
1. Kompetenzverteilung zwischen dem Bund und den Kantonen	352
a) Die Kompetenzen des Bundes	354
b) Die Kompetenzen der Kantone	359
2. Kompetenzverteilung zwischen den Bundesorganen	368
a) Die Kompetenzen des Bundesrates	370
b) Die Kompetenzen der Bundesversammlung	379
c) Die Kompetenzen des Volks	386
d) Die Kompetenzen des Bundesgerichts	397
C. Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung	399
1. Einfluss der allgemeinen Regeln des Völkerrechts	400
a) Auf die Gewaltenteilung zwischen dem Bund und den Kantonen	401
b) Auf die Gewaltenteilung zwischen den Bundesorganen	402
2. Einfluss der völkerrechtlichen Verträge	404
a) Auf die Gewaltenteilung zwischen dem Bund und den Kantonen	405
b) Auf die Gewaltenteilung zwischen den Bundesorganen	411
3. Exkurs: Einfluss des Gemeinschaftsrechts	417
Literaturverzeichnis	421
Abkürzungsverzeichnis	441

Übersicht

1. *Fragestellung und Aufbau der Arbeit.*- Die wechselseitigen Beziehungen der Staaten werden rechtlich gestützt durch völkerrechtliche Normen. Die zunehmende Intensivierung dieser Beziehungen führt zu einem Anwachsen dieser Normen: Besonders des völkerrechtlichen Vertragsrechts, aber auch des internationalen Gewohnheitsrechts und der allgemeinen Rechtsgrundsätze (vgl. n° 37, 9, 27). Die völkerrechtlichen Normen regeln ausserdem zunehmend auch innerstaatliche Bereiche (n° 6). Wie gross ihr Einfluss in der innerstaatlichen Rechtsordnung ist, hängt aber davon ab, wie grosszügig die einzelnen Staaten die landesrechtliche Geltung und direkte Anwendung der völkerrechtlichen Normen handhaben und welchen Rang sie ihnen gegenüber dem Landesrecht einräumen (n° 67-70).

An der Bildung der völkerrechtlichen Normen (z.B. eines völkerrechtlichen Vertrags) und der landesrechtlichen Normen (z.B. eines Gesetzes) sind nicht unbedingt die gleichen Staatsorgane beteiligt. Und die beteiligten Staatsorgane haben im völkerrechtlichen Normbildungsprozess nicht unbedingt den selben Einfluss wie im landesrechtlichen Rechtssetzungsverfahren. Dadurch kann es zu Verschiebungen im Gewaltenteilungsgefüge der Staaten kommen. Wenn z.B. eine Regierung einen völkerrechtlichen Vertrag aushandeln und abschliessen kann, der den selben Gegenstand regelt, für den innerstaatlich das Parlament zuständig ist, und dieser Vertrag innerstaatlich unmittelbare Geltung hat sowie mit Gesetzesvorrang direkt angewendet wird, so kann die Regierung über den Umweg des Völkerrechts Rechtssetzungskompetenzen wahrnehmen, welche von Verfassungen wegen eigentlich dem Parlament zustehen; die von der Verfassung vorgesehene Gewaltenteilung kann ausser Kraft gesetzt werden. Dasselbe gilt *mutatis mutandis* auch für die vertikale Gewaltenteilung im Bundesstaat; der Fall *Missouri v. Holland* (n° 266) ist hier das bekannteste Beispiel.

Nachfolgend soll untersucht werden, wie einige repräsentative, demokratisch und gewaltenteilig organisierte Staaten die innerstaatliche Stellung des Völkerrechts geregelt haben und welche Organe an seiner Entstehung beteiligt sind, um aufzuzeigen, wie sich das Völkerrecht auf die Gewaltenteilung auswirkt. Untersucht werden Deutschland (n° 72 ff.), Frankreich (n° 146 ff.), das Vereinigte Königreich (n° 196 ff.), die Vereinigten Staaten von Amerika (n° 239 ff.), Schweden (n° 301 ff.) und – als Schwerpunkt – die Schweiz (n° 337 ff.). Zusammengefasst ergibt sich folgendes:

2. *Vertikale Gewaltenteilung. Kompetenzverluste der Gliedstaaten.*- Die Praxis der Bundesstaaten, nach Aussen als Einheit aufzutreten, bewirkt einen Machtzuwachs der zentralen Bundesbehörden. In allen nachfolgend untersuchten Bundesstaaten zeigt sich, dass die Kompetenzen der Gliedstaaten durch das Völkerrecht geschmälert werden.

Denn Völkerrecht bricht Gliedstaatenrecht, und die Gliedstaaten sind an der Bildung der völkerrechtlichen Normen viel weniger stark beteiligt als die Bundesorgane (vgl. für Deutschland n° 137 u. 142, für die USA n° 293 u. 295, für die Schweiz n° 489-491, 495-499).

Soweit sie aber beteiligt sind, ist die Beteiligung in *Deutschland* (n° 117, 119, 120) und der *Schweiz* (n° 500) exekutivlastig: Auch innerhalb der Gliedstaaten gewinnt die Exekutive auf Kosten der Legislative an Macht. In den *USA* dagegen betreiben sowohl die Gouverneure als auch die Parlamente der Gliedstaaten Lobbying (n° 276), so dass nicht von einem Übergewicht der Exekutive gesprochen werden kann. Da sich der direkte Einfluss der Gliedstaaten der *USA* auf die Aussenpolitik bzw. die völkerrechtlichen Normen auf dieses Lobbying bei den Bundesbehörden und insbesondere dem Senat, welcher völkerrechtlichen Verträgen grundsätzlich zustimmen muss, beschränkt (n° 293, 295), sind sie von den hier untersuchten Staaten am stärksten bedroht von Kompetenzverlusten. Der berühmte Fall *Missouri v. Holland* (n° 266) entspricht aber dennoch nicht dem politischen Alltag. In der Praxis vermeidet es der Bund, Kompetenzverschiebungen herbeizuführen (n° 275). *Missouri v. Holland* liegt denn auch schon über achtzig Jahre zurück.

Besonders gut geschützt sind dagegen die *deutschen Länder*, die internationalen Abkommen in ihrem ausschliesslichen Kompetenzbereich zustimmen müssen. In ihrem Kompetenzbereich sind die Länder zudem für den Erlass der Vollzugsgesetze zuständig, ohne die im dualistischen Deutschland die Verträge keine innerstaatliche Geltung erlangen. Die Länder können also die innerstaatliche Wirksamkeit eines ohne ihre Zustimmung zu Stande gekommenen völkerrechtlichen Abkommens verhindern (n° 142). Dem Verlust von Kompetenzen an die EU wurde mit einem Ausbau der innerstaatlichen Mitwirkungsrechte Gegensteuer gegeben; die Bundesregierung muss die Haltung der Länder, welche vom Bundesrat vertreten wird, massgeblich berücksichtigen, wenn deren Kompetenzen betroffen sind, und die Länderkammer hat hier sogar auf Grund einer Gesetzesbestimmung, deren Verfassungsmässigkeit allerdings umstritten ist, ein Vetorecht (n° 133). Die Einhaltung der im Grundgesetz vorgesehenen Kompetenzverteilung kann vom Bundesverfassungsgericht durchgesetzt werden (n° 123, 135).

Etwas weniger gut als die Länder sind die schweizerischen *Kantone* geschützt. Es gibt drei Sicherungen: Bei aussenpolitischen Entscheiden, welche, erstens, die *Zuständigkeiten* der Kantone betreffen, wirken diese wenn möglich an den internationalen Verhandlungen mit, und der Bundesrat muss ihren Stellungnahmen besonderes Gewicht beilegen; wenn die Kantone, zweitens, in *wesentlichen Interessen* betroffen werden, sind sie jedenfalls an der innerstaatlichen Vorbereitung der Entscheide beteiligt (Art. 55 BV; n° 496). Bei *besonders einschneidenden Eingriffen* in die Kompetenzen der Kantone schliesslich, z.B. bei Verträgen zur Vereinheitlichung des kantonalen Rechts oder Abkommen, die den Kantonen Kernbereiche ihrer Zuständigkeit entziehen,

ist eine Verfassungsrevision und damit ein Ständemehr erforderlich (Art. 140 BV; n° 497). Im Unterschied zu Deutschland kann in der Schweiz die Einhaltung der Kompetenzverteilung vor Bundesgericht nur sehr bedingt durchgesetzt werden, da das Bundesgericht auch an kompetenzwidrige Bundesgesetze und Verträge gebunden ist (Art. 191 BV; s. n° 483).

3. *Horizontale Gewaltenteilung. Kompetenzgewinne der Judikative. Das Gewohnheitsrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze.*- An der Bildung des internationalen Gewohnheitsrechts sind alle Staatsorgane beteiligt (n° 16). Das *Vereinigte Königreich* lässt es unmittelbar als *law of the land* gelten, und zwar, weil es nicht unmittelbar von der Krone geformt werden kann – im Unterschied zu völkerrechtlichen Verträgen, die im Vereinigten Königreich deshalb keine unmittelbare Geltung haben. Das Gewohnheitsrecht erlangt aber nur landesrechtliche Geltung, sofern es nicht gegen Parlamentsakte verstösst, wobei sich die Gerichte um eine völkerrechtskonforme Auslegung bemühen, die ihre Grenze im klaren Sinn des Gesetzes hat (n° 197, 209, 210). Durch diese völkerrechtskonforme Auslegung wirkt sich das Gewohnheitsrecht zu Gunsten der richterlichen Kompetenzen aus (n° 234).

Die Praxis der *Vereinigten Staaten von Amerika* wurde stark vom Vereinigten Königreich beeinflusst. Das internationale Gewohnheitsrecht erlangt hier ebenfalls unmittelbare Geltung, doch wird diese zögerlich anerkannt, wenn es im Widerspruch zu Gesetzen steht. Und wird die Geltung einer völkerrechtlichen Norm anerkannt, so geht sie der Verfassung und den Gesetzen nach. Die Gerichte bemühen sich um eine völkerrechtskonforme Auslegung. Sie gehen noch weiter als die britischen Gerichte, denn die Grenze der völkerrechtskonformen Auslegung ist erst der klare Wille des Parlaments, gegen Völkerrecht zu verstossen (n° 253). Wie im Vereinigten Königreich führt somit die völkerrechtskonforme Auslegung zu einer Ausdehnung der richterlichen Kompetenzen (n° 294). Insgesamt erscheint aber der Einfluss des internationalen Gewohnheitsrechts auf die Gewaltenteilung als gut ausbalanciert, da der klare Wille des Parlaments für die Gerichte verbindlich ist. Die Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze als subsidiärer Rechtsquelle (n° 24) wird in den USA und im Vereinigten Königreich nicht weiter thematisiert, weshalb nachfolgend bei diesen Staaten nicht darauf eingegangen wird.

Im stark dualistisch geprägten *Schweden* erlangen die allgemeinen Regeln des Völkerrechts, d.h. das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze, nach Ansicht der Lehre keine unmittelbare Geltung; die Gerichtspraxis ist aber weniger eindeutig (n° 305). Jedenfalls aber genießt das Landesrecht Vorrang (n° 307), so dass einzig über die völkerrechtskonforme Auslegung eine gewisse Bedeutungszunahme der Gerichte denkbar wäre; diese haben zwar bislang eine schwache Stellung, was sich aber unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, das für die Gerichte eine wichtige Rolle vorsieht, ändern könnte. Hingegen hat das Parlament

ein grosses Gewicht und scheint am wenigsten von den hier untersuchten Staaten von einem Kompetenzverlust an die Exekutive bedroht zu sein (n° 334).

Deutschland dagegen, das auch dualistisch geprägt ist, hat auf Grund der Erfahrungen des 2. Weltkriegs ein völkerrechtsfreundliches Grundgesetz (n° 72, 73). Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts erlangen auf Grund von Art. 25 GG unmittelbare landesrechtliche Geltung (n° 78). Sie sind direkt anwendbar (n° 79) und gehen den Gesetzen, nicht aber der Verfassung vor (n° 84). Im Gegensatz zum schwedischen Obersten Gericht hat das Bundesverfassungsgericht eine äusserst starke Stellung: Es entscheidet über Geltung und Anwendung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts mit Gesetzeskraft, so dass diese Normen zu einer Ausdehnung der Kompetenzen des Gerichts gegenüber dem Parlament führen (n° 141).

Im monistischen *Frankreich* kann der *Conseil constitutionnel* Gesetze, die gegen allgemeine Regeln des Völkerrechts verstossen, für verfassungswidrig erklären, und so seine Kompetenzen gegenüber dem Parlament erweitern. Die übrigen Gerichte können einzig über die völkerrechtskonforme Auslegung ihren Einfluss über die Exekutive und die Legislative ausdehnen (n° 189).

Auch die *Schweiz* ist monistisch geprägt, so dass die allgemeinen Regeln des Völkerrechts unmittelbare landesrechtliche Geltung erlangen (n° 352-357). Sie sind ohne weiteres direkt anwendbar (n° 358-359) und gehen dem Landesrecht grundsätzlich vor; einzig an gewollt völkerrechtswidrige Gesetze und jüngeres Verfassungsrecht sind die Gerichte – wie die Gerichte in den Vereinigten Staaten von Amerika – gebunden (n° 361-362). Auch in der Schweiz führt so die verfassungskonforme Auslegung zu einer Ausdehnung der Kompetenzen der Gerichte (n° 493). Das zwingende Völkerrecht stellt ausserdem eine Schranke der Verfassungsrevision dar. Bei der Bestimmung des „zwingenden Völkerrechts“ ist von einem engen *Ius-cogens*-Begriff auszugehen, so dass nicht ernstlich von einem Kompetenzgewinn der Bundesversammlung gegenüber von Volk und Ständen gesprochen werden kann (n° 493).

4. *Fortsetzung. Das Vertragsrecht.* – Andere Wege sind die *Vereinigten Staaten von Amerika* und das *Vereinigte Königreich* dagegen bei den völkerrechtlichen Verträgen gegangen. Da im Vereinigten Königreich die Verträge von der Krone abgeschlossen werden, haben sie keine landesrechtliche Geltung, wenn dadurch die Kompetenzen der Exekutive erweitert würden. Für die innerstaatliche Wirksamkeit ist ein Vollzugsgesetz nötig (n° 211). In den Vereinigten Staaten dagegen ist zur Ratifikation von Verträgen, welche die verfassungsmässigen Kompetenzen der Präsidentin bzw. des Präsidenten übersteigen, die Zustimmung des Senats oder des Kongresses erforderlich (n° 258, 286). Der Einbezug des Senats als Teil der Legislative oder des ganzen Kongresses erübrigt es, den Verträgen *a priori* die unmittelbare Geltung abzusprechen. Die Legislative kann zudem ihren Einbezug bei der innerstaatlichen Umsetzung des Vertrags sicherstellen, indem es diesen für nicht direkt anwendbar erklärt (n° 283, 286).

Der Schutz der Kompetenzen des Parlaments erfolgt weiter dadurch, dass der Vertrag dann keine landesrechtliche Geltung hat, wenn es zu unrecht nicht einbezogen wurde (n° 260). Ausserdem wird einer Vertragsnorm die Geltung – und nicht wie in der Schweiz die direkte Anwendbarkeit – abgesprochen, wenn sie so allgemein gehalten ist, dass die Gerichte bei deren Konkretisierung gesetzgeberische Funktionen wahrnehmen (n° 261-263). Und schliesslich sind die Gerichte durch die „*last expression of the sovereign will*“ gebunden (n° 264). Einzig über die vertragskonforme Auslegung ist ein gesteigerter Einfluss der Gerichte – und damit indirekt der Präsidentin bzw. des Präsidenten, welcher den Vertragsinhalt massgeblich bestimmt (n° 296) – denkbar (n° 299), doch sind Kompetenzverschiebungen durch dieses System von „*checks und balances*“ sonst weitgehend ausgeschlossen (n° 300).

Die Unterschiede zwischen dem dualistischen System des Vereinigten Königreichs und dem monistischen System der USA sind aber heute verwischt: Damit die völkerrechtlichen Pflichten durch einen fehlenden innerstaatlichen Vollzug nicht verletzt werden, wird auch im Vereinigten Königreich dem Parlament seit 1924 ein zu ratifizierendes Abkommen zur Genehmigung vorgelegt (n° 212), und das Landesrecht wird wie in den USA vertragskonform ausgelegt, soweit dies nicht gegen den klaren Gesetzeswortlaut verstösst (n° 215-216). Besonders deutlich ist dies im Vereinigten Königreich bei der EMRK (n° 220). Dadurch steigt die Macht der Gerichte sowie indirekt der Exekutive, welche den Vertragsinhalt ja massgeblich beeinflusst hat, gegenüber der Legislative (n° 235).

Ähnlich wie im Vereinigten Königreich erlangen auch im dualistischen *Schweden* die völkerrechtlichen Verträge nur durch einen Transformationsakt landesrechtliche Geltung, und dies, obschon die Regierung vor der Ratifikation die Genehmigung des Parlaments einholen muss (n° 310, 330). Die Gesetze haben zudem Vorrang vor den Verträgen (n° 312), so dass auch in Bezug auf die Verträge in Schweden keine wesentlichen Machtverschiebungen zu erwarten sind. Auch dies könnte sich aber unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts und der EMRK, die offensichtlich gegen sie verstossenden Gesetzen vorgeht, ändern (n° 335).

Auch in *Deutschland* haben nur solche völkerrechtliche Abkommen landesrechtliche Geltung, die durch einen Rechtsakt des nach der innerstaatlichen Kompetenzverteilung zuständigen Organs in Landesrecht überführt wurden (n° 88), wobei umstritten ist, ob es sich um einen Transformations- oder einen Vollzugsakt handelt (n° 89). Das Abkommen hat dann innerstaatlich den Rang dieses Aktes. So wird die Kongruenz von innen- und aussenpolitischen Zuständigkeiten grundsätzlich gewahrt. Zudem schützt die zurückhaltende Anerkennung der direkten Anwendbarkeit durch die Gerichte den Bundestag vor einer Aushöhlung seiner Kompetenzen (n° 143).

In *Frankreich* ist es wiederum die Exekutive, welche den Inhalt der völkerrechtlichen Verträge bestimmt. Da die Verträge unmittelbare Geltung erlangen, bei genügender Bestimmtheit direkt anwendbar sind und den Gesetzen vorgehen, führt die

zunehmende Wichtigkeit internationaler Abkommen, die innerstaatlich relevante Bereiche regeln, zu einer Erosion der Gesetzgebungskompetenz des Parlaments, während die Stellung der Exekutive und der Judikative gestärkt wird (n° 190, 191). Der *Conseil d'Etat* hat dies schon 1985 in einem Gutachten festgehalten, ohne dass bislang aber Reformen durchgeführt wurden (n° 193). Die Gerichte haben unter dem Einfluss der EMRK und des Gemeinschaftsrechts ihre anfängliche Zurückhaltung bei der innerstaatlichen Durchsetzung der völkerrechtlichen Verträge weitgehend abgelegt (n° 159-162, 166-168).

Auch in der *Schweiz* prägt vor allem die Regierung den Inhalt der völkerrechtlichen Verträge. Das Parlament ist an ihrer Entstehung viel weniger beteiligt als an der Entstehung von Gesetzen, was aber mehr praktische als rechtliche Gründe hat (n° 502). Das Volk sollte durch das Referendumsrecht über völkerrechtliche Verträge so eingebunden werden, dass seine Gesetzgebungs- und Verfassungsgebungskompetenzen nicht durch völkerrechtliche Verträge ausgehöhlt werden. Sein Einbezug ist aber lückenhaft: nicht direkt anwendbare Verträge unterstehen nicht dem Referendum, obschon sie das Vollzugsrecht präjudizieren und gegebenenfalls dennoch direkt angewendet werden können (n° 504). Dass im Zuge der Globalisierung zunehmend landesrechtlich relevante Bereiche in internationalen Verträgen geregelt werden, wirkt sich somit nachteilig auf die Kompetenzen von Parlament und Volk aus.

Zur innerstaatlichen Stellung der Verträge ergibt sich für die Schweiz folgendes (n° 505): Die völkerrechtlichen Verträge gelten unmittelbar, es sei denn, sie seien in objektiv erkennbarer Verletzung einer innerstaatlichen Zuständigkeitsvorschrift von grundlegender Bedeutung zu Stande gekommen (Art. 46 WVÜ), d.h. praktisch nur im unwahrscheinlichen Fall, dass der Bundesrat einen Vertrag ratifizieren würde, dessen Genehmigung die Bundesversammlung oder das Volk ausdrücklich verweigert hatten. Bei der Bestimmung der direkten Anwendung der Vertragsbestimmungen ist die Gewaltenteilung das massgebliche Kriterium; das Bundesgericht verneint die direkte Anwendbarkeit, wenn eine Vertragsbestimmung so allgemein formuliert ist, dass ihre Konkretisierung gesetzgeberische Entscheidungen fordert. Es scheut vor einer direkten Anwendung aber auch zurück, wenn diese grössere politische Auswirkungen hätte. Insbesondere die EMRK wird aber sehr grosszügig direkt angewendet, wohl nicht zuletzt deshalb, weil mit dem Europäischen Gerichtshof eine übergeordnete Instanz besteht, welche Konventionsverletzungen feststellen kann. Der völkerrechtliche Vertrag geniesst grundsätzlich Vorrang vor dem Landesrecht, es sei denn, die Bundesversammlung habe bewusst dagegen verstossen. In der jüngeren Rechtsprechung deutet sich allerdings die Aufgabe dieser Ausnahme an.

Insgesamt verschieben die völkerrechtlichen Verträge somit auch in der Schweiz die Kompetenzen zu Gunsten der Gerichte, welche die Gesetze des Parlaments auf ihre Völkerrechtskonformität prüfen und gegebenenfalls nicht anwenden, und des Bundesrates, der den Inhalt der Verträge massgeblich bestimmt (n° 506).

In Bezug auf die EMRK ergibt sich für alle Länder, welche den Grundsatz der Gewaltenteilung bzw. Parlamentsouveränität betonen – vorliegend Frankreich, bzw. das Vereinigte Königreich, Schweden und die Schweiz – dass der Beitritt zur EMRK zu einer Stärkung der Stellung der Gerichte führte, denn die EMRK geht vom Grundsatz aus, dass die richterliche Behörde bei der Rechtsanwendung immer über der politischen Behörde steht.

5. *Fortsetzung. Das Gemeinschaftsrecht.*- Ob das Gemeinschaftsrecht eine eigene Rechtsordnung darstellt oder nicht, wird unterschiedlich beurteilt (s. die Ansichten des Europäischen Gerichtshofs und in Deutschland einerseits, n° 99, und in Frankreich und Schweden andererseits, n° 170 u. 325). Die Gründungsverträge der EG weisen natürlich wie die Gründungsverträge anderer internationaler Organisationen gewisse Eigenheiten auf (vgl. n° 38). Ein zwingender Grund, eine neue Kategorie von Völkerrechtsnormen einzuführen, besteht aber sicherlich nicht. Der besseren Übersicht halber wird das Gemeinschaftsrecht nachfolgend dennoch separat behandelt.

Allgemein lässt sich sagen, dass das Gemeinschaftsrecht wie die EMRK (n° 4 *in fine*) in Bezug auf die Rechtsanwendung vom Primat der richterlichen über die politische Behörde ausgeht. Der Beitritt zur EU führte deshalb bei allen hier untersuchten Staaten, welche demgegenüber den Grundsatz der Gewaltenteilung bzw. die Parlamentsouveränität stärker betonen (Frankreich, das Vereinigte Königreich und Schweden), zu einer Stärkung der Stellung der Gerichte.

In *Deutschland* ist vor allem die Bundesregierung an der Bildung des Gemeinschaftsrechts beteiligt, das dem Landesrecht vorgeht. Die Bundesregierung gewinnt damit innerstaatlich an Gewicht (n° 145). Nicht nur für das Parlament, auch für das Bundesverfassungsgericht war der Beitritt mit Kompetenzverlusten verbunden: es muss das Monopol, über die Gültigkeit der Deutschen Gesetze zu entscheiden, mit dem Europäischen Gerichtshof teilen. Das Bundesverfassungsgericht hat sich aber die Kompetenz vorbehalten, die Verfassungsmässigkeit des Gemeinschaftsrechts und die Vertragskonformität der Akte der EU-Organe zu beurteilen. Insbesondere hat es in seinem „Maastricht-Urteil“ festgehalten, dass dem Bundestag substantielle Aufgaben und Befugnisse verbleiben müssten, da die EU nicht über die demokratische Legitimation verfüge, diese selbst innezuhaben (n° 106).

Auch in *Frankreich* führt das Gemeinschaftsrecht zu einer (noch) stärkeren Stellung der Regierung und der Gerichte, welche Gesetze auf ihre Kompatibilität mit dem Gemeinschaftsrecht überprüfen können (n° 194). Das Parlament kann demgegenüber einzig zu Entwürfen und Vorschlägen gesetzesinhaltlicher Gemeinschaftsakte nicht verbindliche Stellungnahmen abgeben, wobei erst noch die Regierung entscheidet, ob ein Gemeinschaftsakt Gesetzesinhalt aufweist oder nicht (n° 181).

Im *Vereinigten Königreich* führt die EU-Mitgliedschaft ebenfalls zu einer Stärkung der Regierung sowie der Gerichte. Diese können – im Gegensatz zum Grundsatz

der Parlamentssouveränität – die Gesetze auf ihre Gemeinschaftsrechtskonformität hin überprüfen (n° 236-238). Allerdings hat das Parlament sich die Fiktion seiner Souveränität bewahrt, da es selbst in einem Gesetz bestimmte, dass das Gemeinschaftsrecht seinen Gesetzen vorzugehen habe (n° 222), und aus dem *House of Lords* verlautete, „*that it would be the duty of our courts to follow the statute of our Parliament*“, wenn das Parlament willentlich gegen Gemeinschaftsrecht verstiesse (n° 223).

Schweden ist wie das Vereinigte Königreich vom Grundsatz der Parlamentssouveränität geprägt (n° 301). Auch hier wirkt sich das Gemeinschaftsrecht zu Gunsten der Stellung der Regierung und der Gerichte aus. Vor allem letztere hatten bislang eine eher schwache Stellung; unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, das sie verpflichtet, die Gemeinschaftsrechtskompatibilität der Gesetze zu prüfen, dürfte sich dies ändern (n° 336).

Die *Schweiz* ist zwar nicht Mitglied der EU, aber wirtschaftlich stark von dieser abhängig. Deshalb hat das Gemeinschaftsrecht einen starken Einfluss auf das Landesrecht. Wie Schweden vor seinem Beitritt, achtet auch die Schweiz auf die Übereinstimmung seiner Gesetzgebung mit dem Gemeinschaftsrecht. Da die Schweiz an der Schaffung des Gemeinschaftsrechts nicht beteiligt ist und dieses nicht als solches anwendet, sondern nur sogenannt europakompatibles Recht schafft (n° 507) oder sich in Verträgen zur Übernahme von Gemeinschaftsrecht verpflichtet (n° 508), bleibt das Gemeinschaftsrecht ohne Einfluss auf die Gewaltenteilung. Faktisch kommt der autonome Nachvollzug aber wegen der fehlenden Mitbestimmungsmöglichkeiten bei der Schaffung der gemeinschaftsrechtlichen Normen einem Kompetenzverlust von Bundesrat, Bundesversammlung, Volk und Ständen gleich (n° 509).

I. Die völkerrechtlichen Normen

6. *Bedeutung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung.*- Durch den technischen Fortschritt ist unsere Welt seit der Industrialisierung im 19. Jahrhundert in vielerlei Hinsicht zum Dorf geworden: die Handelsbeziehungen sind weltumspannend; viele drängende Probleme – z.B. die Umweltzerstörung, die Massenvernichtungsmittel oder das organisierte Verbrechen, aber auch Richtlinien für die Forschung – können nur noch länderübergreifend sinnvoll angegangen werden¹. Diese Interdependenz hat zu einer Intensivierung und Verrechtlichung der Beziehungen der Staaten geführt². Es

¹ vgl. aus schweizerischer Sicht etwa die zahlreichen Hinweise im Aussenpolitischen Bericht 2000 des Bundesrates (BBJ 2001 261, S. 273, 275, 276, 278, 282, 286, 291, 295, 296-297, 301, 309, 313, 318, 325), der denn auch den Untertitel „*Präsenz und Kooperation: Interessenwahrung in einer zusammenwachsenden Welt*“ trägt und den UNO- und EU-Beitritt der Schweiz als Ziel nennt (*ibid.*, S. 261), sowie den Bericht des Bundesrates über die Legislaturplanung 1999-2003, vom 11. März 2000, S. 3-10; nicht minder zahlreich sind die Hinweise in der Literatur, s. etwa aus schweizerischer Warte WALTER KÄLIN, *Verfassungsgrundsätze der schweizerischen Aussenpolitik*, ZSR 1986/II, S. 262-268; CHRISTIAN DOMINICÉ, *Quelle contribution de la Suisse au système européen du XXI^e siècle?*, in: Christian Dominicé, *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*. Recueil d'études, Paris 1997, S. 504-505; auch in: La Suisse et son avenir européen, Lausanne 1989 S. 41-48; URS W. SAXER, *Die Zukunft des Nationalstaates*, Basler Schriften zur europäischen Integration Nr. 6/1994; THÜRER, *Verfassungsstaat*, S. 274-275, *Wandel*, Rz. 4, 8, 9, 13-14, 30-35, *Rule of Law*, S. 456, sowie *Die Bundesverfassung von 1848: Kristallisationspunkt einer Staatsidee*, ZSR 1998/I, S. 175-176 (auch in: IDEM, *Perspektive Schweiz. Übergreifendes Verfassungsdenken als Herausforderung*, Zürich 1998, S. 29-30) und *Völkerrecht und Landesrecht. Thesen zu einer theoretischen Problemumschreibung*, SZIER 1999, S. 221-222; COTTIER, *Globalisierung*, S. 217-218, *Synthesen*, S. 3-4; COTTIER/WÜGER, S. 247-254; THOMAS COTTIER/CHRISTOPHE GERMANN, *Die Partizipation bei der Aushandlung neuer völkerrechtlicher Bindungen: verfassungsrechtliche Grundlagen und Perspektiven*, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse*, Zürich 2001, Rz. 1-2; COTTIER/WÜGER/ZELLWEGER, *Synthesebericht*, S. 1; MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 5-11; SCHINDLER, *Weg*, S. 1033-1034; GERHARD SCHMID, *Verfassungsgebung in einer zusammenwachsenden Welt*, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/René Schaffhauser/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen*, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen SZ 1998, S. 1043-1051; GIOVANNI BIAGGINI, *Die Idee der Verfassung – Neuausrichtung im Zeitalter der Globalisierung?*, ZSR 2000/I, S. 445-476; HEINRICH KOLLER, *Globalisierung und Internationalisierung des Wirtschaftsrechts – Auswirkungen auf die nationale Gesetzgebung*, ZSR 2000/II, S. 313-360; KARL HOFSTETTER, *Globalisierung und Wirtschaftsrecht*, ZSR 2000/II, S. 361-396; ASTRID EPINEY, *Beziehungen zum Ausland*, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse*, Zürich 2001, Rz. 1 u. 6; DANIEL GIRSBERGER, *Globale Technik – Globales Recht?*, recht 2001/5, S. 176-183

² SHAW, S. 24; vgl. in der Schweizer Literatur WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 1 u. 13-14; EHRENZELLER, *Legislative Gewalt*, S. 166-167; THÜRER, *Verfassungsstaat*, S. 280-281; MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 18-14; SCHINDLER, *Weg*, S. 1034-1035; THIEMO STURNY, *Die Mitwirkungsrechte der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes*, Diss. Freiburg 1998, S. 127-128; COTTIER, *Synthesen*, S. 4; COTTIER/WÜGER, S. 243-244; COTTIER/HERTIG, S. 7; COTTIER/WÜGER/ZELLWEGER, *Angleichung*, S. 15-16, u. *Synthesebericht*, S. 1-2; NICOLAS MICHEL, *L'imprégnation du droit étatique par l'ordre juridique national*, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse*, Zürich 2001, Rz. 6-7; EPINEY, *ibid.*, Rz. 2-4; sowie als b-Moll ein

sind bedeutende internationale Organisationen entstanden, die weltweit (z.B. WTO) oder regional (z.B. EU) tätig sind. Die rechtliche Stützung der mannigfachen internationalen Beziehungen hat zu einer Normenproduktion geführt, welche über die innerstaatliche, völkerrechtskonforme Gesetzgebung und Rechtsprechung oder direkt das tägliche Leben jedes und jeder Einzelnen betreffen³.

7. *Völkerrecht wird von der Staatengemeinschaft geschaffen.*- Grundsätzlich wird Völkerrecht durch den Konsens der über 180 Staaten geschaffen, ähnlich wie das Landesrecht im Zusammenwirken innerstaatlicher Kräfte entsteht⁴. Die Ähnlichkeit ist aber nicht vollkommen. So braucht es auf internationaler Ebene meistens Einstimmigkeit, damit Recht entsteht, und nur ausnahmsweise genügt eine Mehrheit dazu, etwa bei der Abstimmung über das Budget der Vereinten Nationen durch die Generalversammlung. Manchmal wird das Recht von einer die Staaten vertretenden Legislative geschaffen, wie dem Sicherheitsrat der Vereinten Nationen oder dem Direktorium des Internationalen Währungsfonds. Allerdings stellt es eine Ausnahme dar, dass Staaten mit einer Mehrheitszustimmung oder durch den Beschluss einer sie vertretenden Legislative gebunden werden. In der Regel entsteht Völkerrecht unter dem unmittelbaren Einfluss der Staaten⁵. Das gilt insbesondere für die wohl wichtigste Völkerrechtsquelle, die Verträge.

8. *Klassifikation der völkerrechtlichen Normen.*- Das von den Staaten hervorgebrachte Völkerrecht wird, je nach dem Grad ihrer Beteiligung, in vier Arten eingeteilt: in internationales Gewohnheitsrecht (n° 9-23), allgemeine Rechtsgrundsätze (n° 24-30), völkerrechtliche Verträge (n° 34-45) und einseitige Akte (n° 46-50). Mit Hilfe der Rechtsprechung und der Lehre (n° 51-53) wird der Inhalt dieser Rechtssätze im konkreten Einzelfall näher bestimmt. Oftmals schafft allerdings der Internationale Gerichtshof mit seiner Rechtsprechung neue Normen, während Verträge bloss Gewohnheitsrecht kodifizieren⁶. Für die Kognition des Gerichtshofs ist dabei von

Zitat von PERRIN (S. 5): « *La violence, qui s'est toujours manifestée à son plus haut degré d'intensité dans la guerre – qu'elle soit civile ou internationale –, continue à être au centre de l'histoire.* »

³ WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 13-14; ARNOLD KOLLER, *Direkte Demokratie und Staatsverträge: Die Verfassung auf dem Prüfstand*, LeGes 1993/1, S. 17; COTTIER, *Globalisierung*, S. 225-228, u. *Synthesen*, S. 5; WALTER KÄLIN, *Völkerrecht und Demokratie. Zum Spannungsverhältnis zwischen Staatsverträgen und Bundesgesetzen*, NZZ Nr. 104 vom 7. Mai 1997, S. 17; MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 46-47 u. 48-49; COTTIER/WÜGER/ZELLWEGER, *Synthesebericht*, S. 2; DONALD P. KOMMERS/JOHN E. FINN, *American Constitutional Law*, Belmont/CA-Albany/NY etc. 1998, S. 279

⁴ Die Lehre von der Gleichheit der Staaten hat EMMER DE Vattel (1714-1767), Diplomat und Publizist aus Couvet und einer der Begründer des modernen Völkerrechts, mit seinem Werk *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* (1758) begründet; vgl. SHAW, S. 23 und DETTER, S. 14; KIMMINICH/HOBE, S. 167; MÜLLER/WILDHABER, S. 9

⁵ HENKIN, S. 26

⁶ SHAW, S. 56

Bedeutung, ob er auch *ex aequo et bono* entscheiden kann (n° 31-33). In Art. 38 Abs. 1 des IGH-Statuts⁷ sind die drei erstgenannten Völkerrechtsquellen – internationales Gewohnheitsrecht, allgemeine Rechtsgrundsätze und völkerrechtliche Verträge – und die beiden Hilfsmittel zu ihrer Bestimmung kodifiziert. Art. 38 IGH-Statut legt zwar nur fest, welche Rechtssätze der Internationale Gerichtshof anzuwenden hat; da der Internationale Gerichtshof jedoch die ihm unterbreiteten Streitigkeiten nach Völkerrecht zu entscheiden hat und das IGH-Statut für alle UNO-Mitgliedstaaten auf Grund von Art. 93 der Charta der Vereinten Nationen verbindlich ist, wobei auch UNO-Nichtmitglieder beitreten können, enthält die Bestimmung unbestrittenermassen eine Auflistung der weltweit anerkannten Völkerrechtsquellen⁸. An der Bildung der vier Kategorien von Völkerrecht sind innerstaatlich verschiedene Organe beteiligt. Diese Völkerrechtskategorien können landesintern eine unterschiedliche Behandlung erfahren, und sie berühren die innerstaatliche Gewaltenteilung in unterschiedlicher Weise. Daher sollen sie nachfolgend kurz dargestellt werden.

A. Internationales Gewohnheitsrecht

9. *Bedeutung und Entstehung.*- Das internationale Gewohnheitsrecht ist mangels einer universalen gesetzgebenden Gewalt eine zentrale Quelle des Völkerrechts⁹; es hat nicht nur, wie im Landesrecht, eine subsidiäre, lückenfüllende Funktion (vgl. *infra*, n° 54). Das Gewohnheitsrecht ist Ausdruck einer allgemeinen, als Recht anerkannten Übung (Art. 38 Abs. 1 Bst. b IGH-Statut) und regelt viele wichtige Bereiche (vgl. n° 23). Sein Inhalt ist oft unscharf, weshalb es anpassungsfähig, aber auch vieldeutig ist¹⁰. Es wird eingeteilt in das *universale* Gewohnheitsrecht, das alle Völkerrechtssubjekte bindet (sogenannte Wirkung *erga omnes*), und das *partikuläre* Gewohnheitsrecht, dessen Geltung auf einige von ihnen beschränkt ist (*infra*, n° 21). Sein Geltungsgrund ist die allgemeine Rechtsüberzeugung der Völkergemeinschaft¹¹. Alle Staaten tragen durch ihre Praxis zu seiner Entstehung bei, doch die Übung der Staaten mit besonderer wirtschaftlicher oder militärischer Macht oder mit besonders intensiver Beziehung zum Gegenstand der Praxis ist dabei einflussreicher oder sogar entscheidend. So hat das

⁷ Die Schweiz hat das IGH-Statut am 28. Juli 1948 ratifiziert und am selben Tag in Kraft gesetzt.

⁸ SHAW, S. 55; SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 173

⁹ COMBACAU/SUR, S. 52; SHAW, S. 57; CONFORTI, S. 6

¹⁰ SHAW, S. 58

¹¹ SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 477

Vereinigtes Königreich auf dem Höhepunkt seiner Macht im 19. Jahrhundert das Seerecht massgeblich geprägt, und die USA sowie die damalige UdSSR das Weltraumrecht. Zudem vermag sich gegen die Praxis der entscheidenden Staaten kein Gewohnheitsrecht zu entwickeln¹².

10. Elemente des Gewohnheitsrechts.- Der Begriff des Gewohnheitsrechts wird im Völkerrecht gleich definiert wie im Landesrecht¹³. Zu einem bestimmten Verhalten der Staaten (der Praxis, *consuetudo* oder *diuturnitas*) als objektivem Element tritt zusätzlich die Überzeugung von der Rechtspflicht zu jenem Verhalten (*opinio iuris sive necessitatis*) als subjektives Element. Die Überzeugung der rechtlichen Verbindlichkeit eines Verhaltens unterscheidet das Gewohnheitsrecht vom völkerrechtlichen Brauch, wie ihn z.B. das Abfassen von diplomatischen Noten in Maschinschrift darstellt, und von der Völkerrechtssitte (*Courtoisie* oder *comity*), für die der Neujahrsempfang für das diplomatische Corps ein Beispiel ist, und an die sich die Staaten aus Höflichkeit und nicht aus Rechtsüberzeugung halten¹⁴.

11. Das objektive Element: Die Praxis. Sie muss von einer gewissen Dauer sein.- Damit das Verhalten der Staaten – Handlungen, Unterlassungen – eine Praxis begründet, muss es sich genügend oft wiederholen. Doch wie oft? Für die voluntaristische Lehre, welche die Souveränität des Staates betont, ist die Dauer (*diuturnitas*) des Verhaltens viel weniger wichtig als die Rechtsüberzeugung (*opinio iuris*). Ein bekannter Vertreter der voluntaristischen Richtung ist BIN CHENG, der in den sechziger Jahren ein „Instant-Gewohnheitsrecht“ postulierte¹⁵. Der italienische Völkerrechtler GIORGIO GAJA bemerkte dazu in seiner Vorlesung, dass zwischen Gewohnheitsrecht und Instant-Gewohnheitsrecht derselbe Unterschied bestehe wie zwischen Kaffee und Instant-Kaffee: ersteres ist Kaffee, letzteres nicht. Tatsächlich ist „Instant-Gewohnheitsrecht“ eine *contradictio in adiuncto*. Es vermag keine rechtlich verbindlichen Normen hervorzubringen, da ihm die für das ungeschriebene Recht unentbehrliche Beständig-

¹² CIJ, *Plateau continental de la Mer du Nord*, Rec. 1969, S. 43; SHAW, S. 58 u. S. 62-63 m. w. Hinw.

¹³ vgl. etwa BGE 105 Ia 80, S. 84 E. b, *Jenni u. Theiler c. Grosser Rat des Kantons Bern*, vom 18. Mai 1979, m. w. Hinw.; 103 Ia 369, S. 379 E. c, *Wäffler und Mitbeteiligte c. Kanton Basel-Stadt*, vom 25. Mai 1977, m. w. Hinw.; 81 I 26, S. 34, *J. Küng & Co. c. Einwohnergemeinde Interlaken und Regierungsrat des Kantons Bern*, vom 26. Januar 1955; PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, 11. Aufl., Zürich 1995, S. 39; CONFORTI, S. 33-34

¹⁴ KÜNG/ECKERT, Nr. 29; SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 469; KIMMINICH/HOBE, S. 179. Im angelsächsischen und amerikanischen Raum bezeichnet *comity* allerdings meistens die Berücksichtigung ausländischer Akte; vgl. DETTER, S. 14, m. w. Hinw.

¹⁵ BIN CHENG, *United Nations Resolutions on Outer Space: "Instant" International Customary Law?*, IJIL (5) 1965, S. 23 ff.; als BIN seine Abhandlung über die Weltraumresolution der Vereinten Nationen schrieb, liess der Stand der Technik übrigens noch keine Weltraumaktivitäten zu; GEIGER, S. 76. – Vgl. VILLIGER, Nr. 73-74; PERRIN, S. 48 ff.; KIMMINICH/HOBE, S. 179-180, u. HENKIN, S. 37

keit fehlt¹⁶. Richtig ist, dass Gewohnheitsrecht mehr oder weniger schnell entstehen kann, je nachdem wie verbreitet und wie häufig ein bestimmtes Verhalten auftritt. Wenn sich eine intensive und einheitliche Übung feststellen lässt, bildet es sich rasch heraus (sogenanntes *hot cooked law*)¹⁷. So ist z.B. das Luft- und Raumfahrtsrecht in kurzer Zeit entstanden; allerdings konnten hier ausserdem bestandene Regeln des Seefahrtsrechts analog angewendet werden (vgl. n° 22). In der Regel formt sich internationales Gewohnheitsrecht aber erst nach langandauernder Staatenpraxis.

12. Sie muss mehrheitlich befolgt werden.- Es ist kein stets gleichartiges Verhalten aller Staaten nötig, damit eine Gewohnheitsrecht begründende Praxis entsteht. Es genügt, wenn sich die Mehrheit der am Sachverhalt besonders interessierten Staaten in der Mehrzahl der Fälle gleich verhält¹⁸. Diese Anforderung ist vernünftig, denn auch ein Rechtsatz wird nicht immer befolgt. Wenn ein Staat gegen eine gewohnheitsrechtliche Norm verstösst, bestätigt er unter Umständen ihre Geltung, nämlich dann, wenn er sein abweichendes Verhalten begründet: Dies kann eine implizite Anerkennung ihrer Geltung darstellen. In solchen Fällen ist das subjektive Element des Gewohnheitsrechts entscheidend:

13. Das subjektive Element: Die opinio iuris.- Das Erfordernis einer Überzeugung der Staaten, sie müssten sich auf Grund einer Rechtspflicht in einer bestimmten Weise verhalten, ist vom Ständigen Internationalen Gerichtshof ebenso wie dem Internationalen Gerichtshof¹⁹, der landesrechtlichen Rechtsprechung²⁰ und der völkerrechtlichen Praxis der Staaten²¹ anerkannt, während ein Teil der Lehre es aus logischen Überlegungen ablehnt: So gab HANS Kelsen zu bedenken, ein Staat, der sich aus Rechtsüberzeugung in einer bestimmten Weise verhalte, derweil eine gewohnheitsrechtliche Norm noch gar nicht existiere, da sie ja erst durch eine gewisse Staatenpraxis entstehen könne, befinde sich schlichtweg im Irrtum; wenn die *opinio iuris* ein Voraussetzung zur Bildung von Gewohnheitsrecht wäre, würde dieses somit aus einem Irrtum heraus entstehen. Wenn andererseits eine gewohnheitsrechtliche Regel schon existiere, so sei die Rechtsüberzeugung ebenfalls keine Bedingung für

¹⁶ CONFORTI, S. 37

¹⁷ vgl. CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord*, Rec. 1969, S. 43; SHAW, S. 63, SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 474; HENKIN, S. 37; KÜNG/ECKERT, Nr. 28 und Nr. 32; PERRIN, S. 41

¹⁸ CIJ, *Pêcheries anglo-norvégiennes*, Rec. 1951, S. 116, 131, 138; *Plateau continental de la mer du Nord*, Rec. 1969, S. 43; *Activités militaires et paramilitaires contre le Nicaragua*, Rec. 1986, S. 98; SHAW, S. 60-61; KÜNG/ECKERT, Nr. 28

¹⁹ CPJI, *Lotus*, Rec. 1927, S. 28; CIJ, *Délimitation du plateau continental dans la Mer du Nord*, Rec. 1969, S. 76-78; *Délimitation du plateau continental entre la Libye et Malte*, Rec. 1985, S. 27; *Activités militaires et paramilitaires contre le Nicaragua*, Rec. 1986, S. 183-186

²⁰ vgl. CONFORTI, *Cours général*, S. 64 ff.

²¹ CONFORTI, S. 34-35

ihren Bestand, sondern vielmehr dessen Folge²². Diese Argumentation geht jedoch davon aus, dass ein Staat sich in einer bestimmten Weise verhalte, weil dies rechtlich so geboten sei, und nicht, weil er – aus politischen Gründen – möchte, dass es rechtlich so geboten sei. Die *opinio iuris* bezieht sich aber auf diesen politischen Willen des Staates, denn im Völkerrecht, das nur schwach mit Sanktionen ausgestattet ist, entstehen und vergehen die gewohnheitsrechtlichen Normen mit den politischen Willensäußerungen der Staaten. Die völkerrechtliche Bedeutung eines Verhaltens, von dem der Staat will, dass es auch für Drittstaaten verbindlich werde, ist verschieden von demjenigen, von dem er dies nicht will. Staaten tun nicht nur, wozu sie verpflichtet sind: Sie handeln auch aus gutem Willen oder in der Hoffnung auf gegenseitigen Gewinn, aus politischen Gründen und aus Höflichkeit (vgl. n° 10). Auch wenn viele Staaten Entwicklungshilfe leisten, Satelliten starten und ausländische Staatsangehörige einreisen lassen, sind sie rechtlich nicht dazu verpflichtet²³. Man darf nicht vergessen, dass ein bestimmtes Verhalten im Zeitpunkt der Begründung des Gewohnheitsrechts nicht so sehr als rechtlich, sondern vielmehr als sozial geboten angesehen wird, weshalb auch von der *opinio iuris ac necessitatis* gesprochen wird; die neue Norm entspricht dabei dem Gleichgewicht der beteiligten Kräfte²⁴.

14. Nützlichkeit des subjektiven Elements: a) Zur Ableitung von Gewohnheitsrecht aus völkerrechtlichen Verträgen.- Völkerrechtliche Verträge sind eines der wichtigsten Instrumente, um gewohnheitsrechtliche Normen nachzuweisen. Zur Bestimmung, ob die am Vertrag beteiligten Staaten Gewohnheitsrecht bestätigen oder vertragliche Regeln schaffen wollten, muss auf ihre Rechtsüberzeugung abgestellt werden. Falls die Staaten aus der Rechtsüberzeugung heraus handeln, Gewohnheitsrecht zu bestätigen, ist der Vertrag ein Beweismittel für das Vorhandensein einer gewohnheitsrechtlichen Norm. Falls sie dagegen nur vertragliche Vereinbarungen treffen wollten, kann aus der Übereinkunft kein Gewohnheitsrecht abgeleitet werden, auch wenn eine eigentliche Praxis zum Abschluss solcher Verträge besteht²⁵. So sind im Falle von Enteignungen oder Nationalisierungen sogenannte *lump-sum-agreements* häufig, mit denen sich der enteignende Staat verpflichtet, dem Staat der enteigneten Ausländerinnen und Ausländer eine – regelmässig tiefer als der effektive Schaden angesetzte – Pauschalsumme zu entrichten, welche dieser dann den Geschädigten verteilt (vgl. für die Schweiz Fn. 1689). Da diese Übereinkünfte jedoch das Ergebnis von Verhandlungen und nicht Ausdruck einer Rechtsüberzeugung sind, kann aus ihnen – trotz ihrer

²² HANS Kelsen, *Théorie du droit international coutumier*, RITD (1) 1939, S. 264-266; vgl. COMBACAU/SUR, S. 59, KIMMINICH/HOBE, S. 180-181, und auch SHAW, S. 59

²³ SHAW, S. 58-59; PERRIN, S. 43

²⁴ CONFORTI, S. 35; NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 327

²⁵ CONFORTI, S. 35-36

Häufigkeit – keine gewohnheitsrechtliche Regel einer Teilentschädigung abgeleitet werden ²⁶.

15. Fortsetzung: b) *Um eine Änderung des Gewohnheitsrechts nachzuweisen.* – In den USA stellte sich die Frage, ob die amerikanischen Gerichte eine Verletzung von Völkergewohnheitsrecht durch die amerikanische Regierung sanktionieren können ²⁷. Denn würde Amerika nicht von der Fortbildung des internationalen Gewohnheitsrechts ausgeschlossen, wenn dem Präsidenten der Vereinigten Staaten der Verstoss gegen geltende Normen verwehrt wäre? Ein Teil der Lehre bejahte die Kompetenz der Regierung, gegen Gewohnheitsrecht zu verstossen, ein anderer verneinte sie, und eine dritte Meinung bejahte sie unter der Bedingung einer vorgängigen Ermächtigung durch den Senat (vgl. *infra*, n° 254, 281). Zur Beantwortung der Frage muss man berücksichtigen, dass zur Bildung von Gewohnheitsrecht die *opinio iuris* notwendig ist. Ein Staat kann somit gegen (noch) geltendes Gewohnheitsrecht verstossen, wenn er von der sozialen Notwendigkeit seines Verhaltens überzeugt ist. Dieses kann dann eine Änderung des Gewohnheitsrechts bewirken (durch sogenannte *desuetudo*; vgl. n° 18 u. 20). Ein Verhalten dagegen, dass nicht auf der *opinio iuris ac necessitatis* beruht, ist einfach eine widerrechtliche Handlung oder Unterlassung ²⁸. So genossen die Staaten – getreu der Regel *par in parem non habet iudicium* – gewohnheitsrechtlich Immunität für hoheitliche Akte (*iure imperii*) ebenso wie für solche privatrechtlicher Art (*iure gestionis* oder *iure privatorum*). Letztere waren aber nicht nur sehr selten, sondern auch meist mit hoheitlichen Zielen eng verknüpft; es handelte sich z.B. um Rüstungsgeschäfte. Als nun seit Ende des 19. Jh. die Staaten zunehmend in echter Konkurrenz zu den privaten Geschäftsleuten am internationalen Wirtschaftsleben teilnahmen, änderte sich die *opinio iuris* dahingehend, dass die Staaten nur noch für hoheitliche Akte Immunität geniessen sollten, da sie nur in jenem Falle hoheitlich und nicht, gleich wie Private, als Händler in Erscheinung traten, und damit nur in jenem Falle eine unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt erschien ²⁹.

16. Rolle der Staatsorgane bei der Bildung von Gewohnheitsrecht. – Alle Organe des Staates, nicht nur die mit der Aussenpolitik betrauten, wirken an der Bildung des Völkergewohnheitsrechts mit. Diese Teilnahme geschieht über externe Akte des Staates – wie völkerrechtliche Verträge, diplomatische Noten, Mitwirkung bei internationalen Organisationen – ebenso wie über interne Akte – wie Gesetze, Gerichtsurteile und

²⁶ CONFORTI, S. 36

²⁷ AJIL 1986, S. 913 ff., u. AJIL 1987, S. 371 ff.

²⁸ CONFORTI, S. 37; SEIDL-HOHENVELDEN, Nr. 478 und 485; vgl. THÜRER, *Rule of Law*, S. 466-467

²⁹ Besonders bedeutsam waren die unternehmerischen Betätigungen der sowjetischen Botschaften nach dem 1. Weltkrieg, die das Monopol der Aussenwirtschaft der UdSSR hatten; vgl. CONFORTI, S. 37-38 und 220-221; SEIDL-HOHENVELDEN/STEIN, Rz. 486

Verwaltungsakte – die völkerrechtlich relevante Gegenstände haben, so etwa die Nationalität, die Verstaatlichung, die Ausländerpolitik oder die Abgrenzung der Meere. Alle diese internen und externen Akte haben dieselbe Bedeutung für die Bildung der jeweiligen gewohnheitsrechtlichen Normen³⁰. So geht die erwähnte Änderung des Gewohnheitsrechts von einer absoluten zu einer relativen Immunität der Staaten (vgl. n° 15) insbesondere auf interne Akte zurück, nämlich die Rechtsprechung der italienischen und belgischen Gerichte³¹. Die Entscheide der obersten Gerichte haben natürlich eine besondere Autorität³².

17. Universales Gewohnheitsrecht ist für die neuen Staaten nicht verbindlich. – Das universale Völkergewohnheitsrecht bindet nach traditioneller – d.h. westlicher – Auffassung alle Staaten, auch jene, welche seine Bildung nicht beeinflussen konnten (vgl. n° 9)³³. Diese Haltung wird jedoch von den Staaten, die nach dem 2. Weltkrieg, insbesondere in den sechziger Jahren, im Zuge der Dekolonialisierung entstanden, also von der Mehrheit der internationalen Gemeinschaft, nicht geteilt. Diese Staaten vertreten die Ansicht, dass das traditionelle Völkergewohnheitsrecht ein eurozentrisches, christliches, kapitalistisches „Recht des weissen Mannes“ sei, das im Laufe der Kolonialzeit entstanden sei, die andere Bedürfnisse als die Gegenwart gehabt habe; daher dürfe es heute nicht unbesehen angewandt werden³⁴. Einzig diejenigen Normen, denen sie zugestimmt hätten, seien weiterhin bindend. Im Übrigen wollten sie zusammen mit den restlichen Staaten an der Bildung von neuem Gewohnheitsrecht mitwirken³⁵. Während gewisse Grundsätze des Völkergewohnheitsrechts nicht in Frage gestellt werden – wie z.B. die Souveränität der Staaten und ihre Gleichheit, oder das Nichtangriffs- und Nichtinterventions-Prinzip – stossen andere Regelungen auf Ablehnung, so das internationale Wirtschaftsrecht und hier besonders die gewohnheitsrechtlichen Normen über den Umgang mit den wirtschaftlichen Interessen der ausländischen Staatsangehörigen, oder das Seerecht, insbesondere die Regelung der Meeresressourcen³⁶.

³⁰ CONFORTI, S. 37; IDEM, *International Law*, S. 50; COMBACAU/SUR, S. 63 u. 92; kritisch DIETRICH SCHINDLER, *Völkerrecht und Demokratie*, in: Gerhard Hafner/Gerhard Loibl/Alfred Rest *et al.* (Hrsg.), *Liber amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern, in honour of his 80th birthday*, Den Haag/London/Boston 1998, S. 617-618 (fehlende demokratische Basis des Gewohnheitsrechts und des zwingenden Völkerrechts)

³¹ vgl. BGE 44 I 49, S. 54, *K. k. Oesterreich. Finanzministerium c. Dreyfus*, vom 13. März 1918; BGE 56 I 237, S. 247, *Hellenische Republik c. Walder u. Schweiz. Bankiervereinigung*, vom 28. März 1930; CONFORTI, S. 220-221

³² CONFORTI, S. 38; vgl. IDEM, *International Law*, S. 78-79

³³ CONFORTI, *ibid.*; KÜNG/ECKERT, Nr. 30; HENKIN, S. 34-35; COMBACAU/SUR, S. 69; SHAW, S. 72; PERRIN, S. 74

³⁴ KÜNG/ECKERT, *ibid.*; HENKIN, S. 36; SHAW, S. 33; PERRIN, S. 75 u. 78

³⁵ CONFORTI, S. 38

³⁶ *ibid.*, S. 38-39; SHAW, S. 34

18. *Fortsetzung. Folge.*- Wie ist dieser Position der neuen Staaten (die in der Haltung der sozialistischen Länder, v.a. derjenigen der UdSSR nach dem 1. Weltkrieg, eine Vorläuferin hat) in der Rechtsanwendung Rechnung zu tragen? Eine Norm des universellen Völkergewohnheitsrechts, deren Geltung von der Mehrheit der Weltgemeinschaft bestritten wird, wird dadurch aufgehoben (*desuetudo*; vgl. n° 15); ebenso wird sie aufgehoben, wenn ihre Geltung von der überwiegenden Mehrzahl einer Staatengruppe (Industriestaaten, Entwicklungsländer) bestritten wird³⁷. Aber bevor die rechtsanwendende Instanz die Aufhebung der Norm verkündet und den Schluss zieht, dass ein bestimmtes Gebiet nicht mehr vom Gewohnheitsrecht geregelt werde, muss sie auf dem Wege der Auslegung den kleinsten gemeinsamen Nenner suchen, um wenigstens ein allgemeinstes Prinzip zu retten³⁸. Die aufgehobene Norm des universellen internationalen Gewohnheitsrechts gilt in der Folge nur noch als partikuläres Gewohnheitsrecht (vgl. n° 21).

19. *Fortsetzung. Ansonsten gilt es für an der Bildung unbeteiligte Staaten.*- Bisherige Mitglieder der Völkerrechtsgemeinschaft, die an der Entwicklung einer gewohnheitsrechtlichen Regel keinerlei Anteil hatten, sind durch die ohne ihre Zutun entstandenen Normen gebunden. So war das Binnenland Schweiz an der Bildung des völkergewohnheitsrechtlichen Seerechts unbeteiligt, doch als die ersten Schiffe unter Schweizer Flagge in die hohe See stachen, unterstanden sie dennoch diesen Normen³⁹. Die Auffassung, dass die Verbindlichkeit des Völkergewohnheitsrechts nicht von der Zustimmung des einzelnen Staates abhängt, trägt dem Geltungsgrund und der Wirkung *erga omnes* des Völkergewohnheitsrechts Rechnung (n° 9); sie ist nie auf Widerspruch gestossen, da die betroffenen Staaten dem selben Kulturkreis angehörten. Aus diesem Grund ist das Gewohnheitsrecht auch ohne nennenswerten Widerspruch von denjenigen Staaten übernommen worden, die vor dem 2. Weltkrieg neu entstanden sind, wie Belgien, die südamerikanischen Staaten, die Nachfolgestaaten der Donaumonarchie und des Zarenreichs⁴⁰.

20. *Fortsetzung. Es bildet sich jedoch nicht gegen den „beharrlichen Verweigerer“.*- Dass sich gegen den Willen der Mehrheit einer Staatengruppe kein Gewohnheitsrecht bilden kann, ergibt sich aus dem Konzept des Gewohnheitsrechts als Ausdruck einer allgemeinen, als Recht anerkannten Übung. Was aber, wenn sich ein einzelner Staat einer gewohnheitsrechtlichen Norm widersetzt? Die voluntaristische Lehre geht davon

³⁷ CONFORTI, S. 39; COMBACAU/SUR, S. 69-70; PERRIN, S. 47; vgl. etwa den in n° 394 zitierten BGE 119 IV 65, *M. c. Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich*, vom 12. Februar 1993 (*desuetudo* der Gleichbehandlungsklauseln in Niederlassungsverträgen)

³⁸ CONFORTI, *ibid.*

³⁹ SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 476

⁴⁰ *ibid.*, Nr. 483

aus, dass ein Staat nicht gegen seinen Willen durch Gewohnheitsrecht gebunden werden kann, was sie mit dem Fehlen einer Instanz, die einen Verstoss gegen das Völkerrecht sanktionieren könnte, begründet. Sie kann sich auf das Urteil des Internationalen Gerichtshofs vom 18. Dezember 1951 im britisch-norwegischen Fischerei-Streit berufen⁴¹. Dieser Streit wurde durch ein von Norwegen 1935 erlassenes königliches Dekret ausgelöst, welches den norwegischen Anspruch auf die ausschliessliche norwegische Fischereihoheit in einer 4 Seemeilen breiten Meereszone zum Ausdruck brachte. Damit erklärte Norwegen diese Meereszone implizit zum Küstengewässer, denn nur dort dürfen anerkanntermassen nur die Staatsangehörigen fischen. Diese Meereszone war insgesamt etwa 600 Seemeilen langen Grundlinien vorgelagert, welche zwischen 48 markanten, vor der stark zerklüfteten Küste liegenden Geländepunkten gezogen wurden. Die meisten Staaten messen aber die Ausdehnung des Küstenmeeres von der Niedrigwasserlinie entlang der Küste aus und grenzen es durch maximal 10 Seemeilen lange Grundlinien ab. Das Vereinigte Königreich, dessen Fischer von der norwegischen Regelung betroffen waren, klagte beim Internationalen Gerichtshof mit der Begründung, die Festlegung der Grundlinien sei völkerrechtswidrig, da einige der norwegischen Grundlinien erheblich länger als 10 Seemeilen seien. Die 10-Seemeilen-Regel sei eine Norm des Völkergewohnheitsrechts, was dadurch belegt sei, dass sie in verschiedenen bilateralen Verträgen und nationalen Gesetzen festgelegt sei. Der Internationale Gerichtshof bestritt die völkerrechtliche Qualität der 10-Seemeilen-Regel, da diese zwar von einzelnen Staaten angewendet, andere aber davon abweichende Begrenzungen kennen würden. Zudem könne die Regel gegenüber Norwegen nicht angewendet werden, da es sich immer jedem Versuch widersetzt habe, sie auf die norwegische Küste anzuwenden⁴². Aufgrund dieses Präzedenzfalles ist die Rechtsfigur des sogenannten *objecteur persistant* (*persistent objector*) entstanden, die den Staat bezeichnet, der die Anwendung einer Regel, die im Entstehen ist, verweigert und dadurch verhindert. Der Gerichtshof präzisierte im zitierten Urteil, es genüge nicht, wenn ein Staat die Geltung einer Norm bestreite; er müsse vielmehr auch die Macht haben, ihre Anwendung ihm gegenüber zu verhindern. Völkergewohnheitsrechtliche Normen könnten daher auch ohne Zustimmung des Normadressaten Geltung haben. Der Internationale Gerichtshof geht also nicht so weit, dass er den Konsens des Staates zur Bedingung für seine Bindung durch das Gewohnheitsrecht macht, wie es der voluntaristische Lehre entsprechen würde. Er erweist aber der „Macht des Faktischen“ – dem Souveränitätsanspruch Norwegens über seine Fjorde – seine Reverenz. Das Urteil ist denn auch in dieser Hinsicht von der Lehre kritisiert worden⁴³. Die Auffassung, ein einzelner Staat könne sich Kraft seiner Macht über eine gewohnheitsrechtliche

⁴¹ CIJ, *Pêcheries anglo-norvégiennes*, Rec. 1951, S. 116

⁴² *ibid.*, S. 131

⁴³ CONFORTI, S. 39

Norm hinwegsetzten⁴⁴ oder gar die Bildung von Gewohnheitsrecht verhindern⁴⁵, ist tatsächlich stossend, wenn man im Völkerrecht nicht ein auf der Macht begründetes, sondern ein dem Ausgleich der Interessen dienendes Recht sieht. Festzuhalten bleibt jedenfalls, dass sich ein einzelner Staat nicht der Anwendung bereits bestehenden Völkergewohnheitsrechts entziehen darf; das Prinzip des *objecteur persistant* ist als Ausnahmeregelung zu verstehen für Staaten, die sich von Anfang an der Bildung einer neuen Regel widersetzen⁴⁶.

21. Partikuläres Völkergewohnheitsrecht.- Auch wenn das IGH-Statut nur das allgemeine Völkergewohnheitsrecht erwähnt, anerkennen die internationale Praxis, die Lehre und der Internationale Gerichtshof selbst das Bestehen von regionalen⁴⁷ und sogar bilateralen⁴⁸ gewohnheitsrechtlichen Regeln, welche nur im Verhältnis der betroffenen Staaten untereinander gelten. Dieses partikuläre Völkergewohnheitsrecht hat durch die Haltung der Entwicklungsländer, die zahlreiche gewohnheitsrechtliche Regeln ablehnen (n° 17-18), an Bedeutung gewonnen⁴⁹. Es ist jedoch kein neues Phänomen. Das Seekriegsrecht z.B. hatte lange den Charakter eines auf Kontinentaleuropa beschränkten partikulären Völkergewohnheitsrechts, und unter den amerikanischen Staaten ist die Regel entstanden, wonach durch Revolutionen an die Macht gelangte Regierungen anzuerkennen sind⁵⁰. Aber nicht nur zwischen benachbarten Staaten, sondern auch unter vertraglich verbundenen Staaten kann sich partikuläres Gewohnheitsrecht bilden, indem die Vertragsparteien eine den ursprünglichen Vertrag modifizierende Übung entwickeln⁵¹. Während für die Entstehung universalen Völkergewohnheitsrechts die Beteiligung der Mehrheit der am Sachverhalt besonders interessierten Staaten erforderlich ist (n° 12), müssen beim partikulären bilateralen Gewohnheitsrecht natürlich beide Staaten die entsprechende Regel in konstanter Praxis aus Rechtsüberzeugung befolgen. So anerkannte der Internationale Gerichtshof im sogenannten Goa-Fall entgegen dem indischen Standpunkt, wonach zwischen nur zwei Staaten kein Gewohnheitsrecht entstehen könne, ein gewohnheitsrechtliches Wegrecht

⁴⁴ so COMBACAU/SUR, S. 69; zustimmend auch HENKIN, S. 36, und SHAW, S. 72. – Alle drei Autoren sind zudem der Auffassung, der ständig und deutlich geäußerte Wille, unabhängig von der Möglichkeit, diesen auch durchsetzen zu können, genüge bereits dazu, dass ein Staat durch die entsprechende Norm nicht gebunden sei.

⁴⁵ wie SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 479, unter Berufung auf das IGH-Urteil meint. Auch er ist im Übrigen der Ansicht, der ständig und deutlich geäußerte Wille des betreffenden Staates genüge unabhängig von der Durchsetzungskraft, um die Entstehung der entsprechenden Norm zu verhindern.

⁴⁶ VILLIGER, Nr. 44; HENKIN, S. 36

⁴⁷ CIJ, *Droit d'asile*, Rec. 1950, S. 276-277; *Pêcheries anglo-norvégiennes*, Rec. 1951, S. 136-139; *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc*, Rec. 1952, S. 200

⁴⁸ CIJ, *Droit de passage en territoire indien*, Rec. 1960, S. 39

⁴⁹ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 76

⁵⁰ *ibid.*, S. 326

⁵¹ CONFORTI, S. 41

für Portugal durch das indische Territorium, das zwischen seinen Enklaven lag, da eine diesbezügliche Übung zwischen den beiden Staaten bestanden habe und diese Übung von ihnen als rechtlich verbindlich betrachtet worden sei ⁵². Beim regionalen Gewohnheitsrecht sollte – wie beim universalen Völkerrecht – eine mehrheitliche Befolgung der Regel genügen, wobei diese Mehrheit wohl um so grösser sein muss, je kleiner die Gruppe der betroffenen Staaten ist ⁵³. Der Internationale Gerichtshof scheint jedoch auch hier eine von allen betroffenen Staaten mit Rechtsüberzeugung befolgte Praxis zu verlangen ⁵⁴.

22. Analoge Anwendung von Gewohnheitsrecht.– Bestehende gewohnheitsrechtliche Normen können herbeigezogen werden, um neue Gegebenheiten zu regeln, falls die grundlegenden Komponenten Analogien aufweisen. Bekanntestes Beispiel bildet die Anwendung von Regeln der Seefahrt auf die Luftfahrt und später von Regeln der Luft- auf die Raumfahrt ⁵⁵. Aber auch auf nationaler Ebene kann Völkergewohnheitsrecht analoge Anwendung finden, wenn landesrechtliche Regelungen fehlen. Beispielsweise entschied das Bundesgericht 1980 einen Grenzstreit zwischen dem Kanton Wallis und dem Kanton Tessin im Bereich der Nufenenpasshöhe mittels analoger Anwendung des Völkergewohnheitsrechts (vgl. n° 360) ⁵⁶.

23. Die Kodifikation des Völkergewohnheitsrechts.– Die Kodifikation des ungeschriebenen Gewohnheitsrechts erhöht die Rechtssicherheit. Sie birgt aber auch die Gefahr, dass das Gewohnheitsrechts auf dem kleinsten gemeinsamen Nenner zementiert wird ⁵⁷. Diesen beiden Aspekten der Kodifikation trägt Art. 13 der Charta der Vereinten Nationen Rechnung, nach dem die Generalversammlung beauftragt ist, mittels Studien und Empfehlungen die fortschreitende Entwicklung des Völkerrechts sowie seine Kodifikation zu begünstigen. Die von der Generalversammlung 1947 eingesetzte Völkerrechtskommission der UNO nimmt zum Zwecke der Fortbildung des Völkergewohnheitsrechts in die Kodifikationsentwürfe, die sie erarbeitet, auch Regeln auf, deren

⁵² CIJ, *Droit de passage en territoire indien*, Rec. 1960, S. 39

⁵³ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 326-327; vgl. SHAW, S. 72-73

⁵⁴ CIJ, *Droit d'asile*, Rec. 1960, S. 6; COMBACAU/SUR, S. 70

⁵⁵ CONFORTI, S. 41

⁵⁶ BGE 106 Ib 154, S. 161-162 E. 4b-d, *Kanton Wallis c. Kanton Tessin*, vom 2. Juli 1980; s. auch BGE 112 Ia 75, S. 78-80, *Inländische Mission der Schweizer Katholiken c. Kanton Nidwalden*, vom 21. März 1986 (Berufung eines Kantons auf die Nichtzuständigkeit der das Konkordat abschliessenden Behörde); vgl. Fn 115 *in fine* u. n° 360

⁵⁷ vgl. ROBERTO AGO, *Nouvelles réflexions sur la codification du droit international*, RGDIP 1988, S. 539 ff.; SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 497-498, 501; DETTER, S. 151; KIMMINICH/HOBE, S. 187-188

gewohnheitsrechtliche Verbindlichkeit zweifelhaft ist⁵⁸. Da die internationale Gemeinschaft keine gesetzgebende Gewalt hat, wird das Recht durch multilaterale Verträge kodifiziert, welche als solche nur für die Vertragsparteien verbindlich sind. Wegen des oftmals rechtsfortbildenden Charakters der kodifizierten Normen oder, im Gegenteil, der Möglichkeit, dass die kodifizierten Regeln nicht mehr der sich fortbildenden Staatenpraxis entsprechen, sind in Kodifikationskonventionen enthaltene Regeln nur ein Hinweis für die Existenz von Gewohnheitsrecht, den es durch weitere Abklärungen der Staatenpraxis zu erhärten gilt⁵⁹.

Die Ablehnung des traditionellen Völkergewohnheitsrechts durch die in Folge der Dekolonisierung entstandenen Staaten (n° 12) und die gegensätzlichen Auffassungen im Westen und im ehemaligen Ostblock über dessen Inhalt liessen ein völkerrechtliches Vakuum auf weiten Gebieten befürchten und förderten die Kodifikationsbemühungen der UNO, die in einigen Fällen mit der Verabschiedung von Kodifikationsverträgen durch eine Staatenkonferenz einen erfolgreichen Abschluss fanden⁶⁰: Zu erwähnen sind die vier Genfer Seerechtskonventionen vom 29. April 1958 über das Küstenmeer und die Anschlusszone, die Hohe See, die Fischerei und die Bewahrung der Artenvielfalt des Meeres sowie über den Festlandsockel⁶¹, die dann von der Konvention von Montego Bay vom 10. Dezember 1982 abgelöst wurden⁶²; das Übereinkommen zur Reduktion der Fälle von Staatenlosigkeit (New York, 1961)⁶³; das Übereinkommen über die diplomatischen Beziehungen (Wien, 1961)⁶⁴; das Übereinkommen über die Vertretung der Staaten in ihrem Verkehr mit internationalen, universellen Organisationen (Wien, 1975)⁶⁵; die Wiener Vertragsrechtsübereinkommen von 1969 (WVÜ)⁶⁶ und 1986⁶⁷ sowie das Wiener Übereinkommen über die Staatennachfolge in Verträgen von 1978 (vgl. zu diesen drei Überein-

⁵⁸ SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 501-502; SHAW, S. 93; CONFORTI, S. 54; KIMMINICH/HOBE, *ibid.*; vgl. VILLIGER, Nr. 112 ff. u. 145 ff.

⁵⁹ CONFORTI, S. 54 und 55-56; vgl. VILLIGER, Nr. 159

⁶⁰ SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 500; COMBACAU/SUR, S. 71; PERRIN, S. 117

⁶¹ 516 UNTS 205; 450 UNTS 82; 559 UNTS 285; 499 UNTS 311; die vier Genfer Konventionen traten am 10. September 1964, am 30. September 1962, am 20. März 1966, resp. am 10. Juni 1964 in Kraft. Sie wurden mit Ausnahme des Fischereiübereinkommens, von der Schweiz am 18. Mai 1966 ratifiziert (SR 0.747.305.11-13).

⁶² 21 ILM 1261; in Kraft getreten am 16. November 1994

⁶³ 989 UNTS 95; abgeschlossen am 30. August 1961 in New York, in Kraft getreten am 13. Dezember 1975

⁶⁴ 500 UNTS 311; abgeschlossen am 18. April 1961, in Kraft getreten am 24. April 1964; von der Schweiz ratifiziert am 30. Oktober 1963 (SR 0.191.01)

⁶⁵ 1975 UNJYB 87; abgeschlossen am 14. März 1975

⁶⁶ 1969 UNJYB 140; abgeschlossen am 23. Mai 1969, in Kraft getreten am 27. November 1980; von der Schweiz ratifiziert am 7. Mai 1990 (SR 0.111)

⁶⁷ 25 ILM 543; abgeschlossen am 21. März 1986; Beitritt der Schweiz am 7. Mai 1990

kommen *infra*, n° 36)⁶⁸ und das Wiener Übereinkommen über das Vermögen, die Archive und Schulden von Staaten von 1983⁶⁹.

B. Allgemeine Rechtsgrundsätze

24. *Sie haben eine subsidiäre Funktion.*- Art. 38 des IGH-Statuts nennt, nach den internationalen Übereinkünften und dem internationalen Gewohnheitsrecht, als dritte vom Gerichtshof anzuwendende Normenkategorie „die allgemeinen, von den Kulturstaaten anerkannten Rechtsgrundsätze“. Im Gegensatz zu den anderen Normen sind allgemeine Rechtsgrundsätze nicht zwischenstaatlichen, sondern landesrechtlichen Ursprungs: Es handelt sich um Grundsätze, die in den innerstaatlichen Rechtssystemen so verbreitet sind, dass deren Anwendung auch im völkerrechtlichen Bereich gerechtfertigt ist⁷⁰. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind also nicht auf die Völkerrechtsordnung beschränkt, und sie gelten deshalb, ohne dass eine zwischenstaatliche Übung besteht⁷¹. Allgemeine Rechtsgrundsätze sind Prinzipien der Gerechtigkeit oder der juristischen Logik, wie z.B. *nemo iudex in res sua* oder *in claris non fit interpretatio*⁷². Aus der systematischen Stellung in Art. 38 IGH-Statut und der Entstehungsgeschichte folgert die Mehrheitslehre, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze nur anzuwenden sind, wenn ein Sachverhalt weder vom Vertrags- noch vom Gewohnheitsrecht erfasst wird⁷³. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze dienen der Lückenfüllung, aber auch der Auslegung unklarer Regeln.

25. *Sie sind eine selbständige Völkerrechtsquelle.*- Für einige Autoren sind die allgemeinen Rechtsgrundsätze keine eigenständige Rechtsquelle, sondern mit dem Gewohnheitsrecht identisch⁷⁴. Dies beruht darauf, dass sie die allgemeinen

⁶⁸ 1978 UNJYB 106; abgeschlossen am 23. August 1978

⁶⁹ 22 ILM 306; abgeschlossen am 8. April 1983

⁷⁰ vgl. GIOVANNI PAU, *Le droit interne dans l'ordre international*, Neapel 1985, S. 33-44

⁷¹ vgl. CONFORTI, S. 44, für den die allgemeinen Rechtsgrundsätze eine Kategorie *sui generis* des Völkergewohnheitsrechts sind, bei der an Stelle des Erfordernisses der *diuturnitas* die einheitliche innerstaatliche Anwendung tritt; IPSSEN, S. 199; KÜNG/ECKERT, Nr. 35; PERRIN, S. 371

⁷² SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 509-511; CONFORTI, S. 43

⁷³ CONFORTI, S. 42; IPSSEN, S. 200; PERRIN, S. 382

⁷⁴ GEORGES SCELLE, *Manuel élémentaire de droit international public*, Paris 1948, S. 400; dies war ebenfalls die sowjetisch geprägte kommunistische Mehrheitsmeinung, für die das Landesrecht wegen der Unterschiede zwischen der kommunistischen und der kapitalistischen Ordnung keine Quelle des

Rechtsgrundsätze mit den allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechts gleichsetzen, d.h. mit den allgemeinen Regeln, die von den Staaten im völkerrechtlichen Verkehr anerkannt oder aus den internationalen Verträgen und dem internationalen Gewohnheitsrecht abgeleitet werden⁷⁵. Im Gegensatz zu den allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechts sind allgemeine Rechtsgrundsätze jedoch nicht zwischenstaatlichen, sondern landesrechtlichen Ursprungs. Die selbständige Auflistung der allgemeinen Rechtsgrundsätze im Art. 38 IGH-Statut sowie die Tatsache, dass die Autoren der Bestimmung an eine eigenständige Rechtsquelle dachten, bestätigen die Auffassung, dass sie eine zwar subsidiäre, aber dennoch eigene Normenkategorie bilden⁷⁶.

26. Aufzählung der allgemeinen Rechtsgrundsätze.- Zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zählen⁷⁷:

a) *allgemeine Prinzipien der Rechtsordnung* wie das Rechtsmissbrauchsverbot und der Grundsatz von Treu und Glauben⁷⁸, das Verbot, aus eigenem Unrecht Vorteile zu erlangen (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*)⁷⁹, die Wirkung qualifizierten Stillschweigens (*Acquiescence; qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset*)⁸⁰, das Verbot widersprüchlichen Verhaltens (*Estoppel; venire contra factum proprium non valet*)⁸¹, das Gebot, den aus der Verletzung einer Verpflichtung entstandenen Schaden zu beheben⁸² und die Verjährung⁸³;

b) weiter gehören dazu *vertragsrechtliche Grundsätze*, deren bekanntester sicher das Prinzip *pacta sunt servanda*⁸⁴ ist, sowie die Handhabung der Willensmängel⁸⁵, der Höheren Gewalt⁸⁶, der Auslegung⁸⁷ und der Verjährung⁸⁸;

Völkerrechts sein konnte (vgl. GRIGORIY IVANOVIC TUNKIN, *Droit international public*, Paris 1965, S. 127)

⁷⁵ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 345; SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 506; PERRIN, S. 366-367

⁷⁶ SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 507; IPSSEN, S. 200

⁷⁷ s. NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 349, und MÜLLER/WILDHABER, S. 39-60, jeweils mit Hinweisen; vgl. insbesondere zum Menschenrechtsschutz CONFORTI, S. 44-45

⁷⁸ CPJI, *Usines de Chorzow*, 1928, série A n° 17, S. 30; *Zones franches*, série A n° 24, S. 12 u. A/B n° 46, S. 167; CIJ, *Pêcheries norvégiennes*, Rec. 1951, S. 142; *Essais nucléaires*, Rec. 1974, S. 268 u. 473; *Actions armées*, Rec. 1988, S. 105; vgl. Fn. 115

⁷⁹ CPJI, *Usines de Chorzow*, 1927, série A n° 9, S. 31

⁸⁰ CIJ, *Temple de Préah Vihear*, Rec. 1962, S. 23; vgl. auch BGE 106 Ib 154, S. 164, *Kanton Wallis c. Kanton Tessin*, vom 2. Juli 1980, zitiert in n° 22

⁸¹ CIJ, *Temple de Préah Vihear*, Rec. 1962, S. 32, 63; vgl. auch BGE 106 Ib 154, S. 168-169 E. 5c, *Kanton Wallis c. Kanton Tessin*, vom 2. Juli 1980, zitiert in n° 22

⁸² CPJI, *Usines de Chorzow*, 1927, série A n° 9, S. 21 und 1928, série A n° 17, S. 29

⁸³ Gentini-Fall (1903), *Italy v. Venezuela Mixed Claims Commission*, RSA, Bd. X, S. 561

⁸⁴ nun Art. 26 WVÜ; vgl. für die Schweizer Praxis BGE 117 Ib 337, S. 340 E. 2a, P. c. *Office fédéral de la police*, vom 14. Oktober 1991, bestätigt in BGE 122 II 234, S. 238 E. 4c, *Schweizerischer Bund für Naturschutz (SBN), Schweizer Heimatschutz (SHS), World Wildlife Fund Schweiz (WWF) et al. c. Regierungspräsidium Freiburg i. Br. und Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt*, vom 27. Juni 1996, und BGE 125 II 417, S. 424-425, E. 4d, A. c. *Schweizerischer Bundesrat*, vom 26. Juli 1999

c) ausserdem beinhalten die allgemeinen Rechtsgrundsätze einige Prinzipien der völkerrechtlichen *Haftung aus unerlaubter Handlung*: Erfordernis eines Kausalzusammenhangs zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis und dem Schaden ⁸⁹, vollständige Wiedergutmachung des Schadens ⁹⁰, Verzugszinsen ⁹¹;

d) sie erfassen auch die *ungerechtfertigte Bereicherung* ⁹²;

e) schliesslich zählen *Verfahrensgrundsätze* wie die Zulässigkeit des Indizienbeweises ⁹³, die Gleichheit der Parteien ⁹⁴ und das Prinzip der Rechtskraft eines Urteils (*res iudicata*) dazu ⁹⁵;

f) und endlich beinhalten sie den *Schutz von Individualrechten*: Schutz der Grundrechte; besonderer Schutz der Rechte öffentlicher Bediensteter ⁹⁶.

27. *Ihre Bedeutung ist heute gering; erneuter Bedeutungsgewinn?*- Während die nationalen Gerichte auch dann einen Entscheid fällen müssen, wenn eine gesetzliche Regelung fehlt, dürfen internationale Gerichte dies nur, wenn sie dazu von den betroffenen Völkerrechtssubjekten ausdrücklich ermächtigt worden sind. Der Rückgriff auf allgemeine Rechtsgrundsätze ermöglicht es nun auch den internationalen Gerichten, trotz des Fehlens einer vertrags- oder gewohnheitsrechtlichen Regelung einen Entscheid zu fällen. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze erweitern somit ihre Zuständigkeit ⁹⁷.

Die Praxis hat früher vielfach auf diese Rechtsquelle zurückgegriffen. So bestimmt etwa die Präambel des Haager Abkommens vom 18. Oktober 1907 betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs, dass in den vom Vertrag nicht vorgesehenen Fällen die Grundsätze des Völkerrechts anwendbar sind, wie sie sich aus unter gesitteten Völkern feststehenden Gebräuchen, aus den Gesetzen der Menschlichkeit und aus den Forderungen des öffentlichen Gewissens ergeben (sogenannte Martenssche Klausel), und auch die Schlussbestimmungen der Genfer Rotkreuzabkommen vom

⁸⁵ der *wesentliche Irrtum*, der *Betrug* und der *Zwang* sind nun ebenfalls kodifiziert (Art. 48, 49 u. 51-52 WVÜ; vgl. n° 43); für die Praxis, s. den Hinw. bei NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 349

⁸⁶ CPJI, *Emprunts serbes*, série A n° 20, S. 39-40; CPA, Schiedsspruch von 1912 i.s. *Indemnité de guerre turque*, RSA, Bd. XI, S. 443

⁸⁷ s. die Hinw. bei NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 349; Art. 31-33 WVÜ

⁸⁸ CPA, *Fonds pieux de Californie*, 1902, RSA Bd. I, S. 100

⁸⁹ CPJI, *Usines de Chorzow*, 1928, série A, n° 17, S. 56-57; *Wimbledon*, 1932, série A n° 17, S. 47

⁹⁰ CPJI, *Wimbledon*, 1932, série A n° 17, S. 47

⁹¹ *ibid.*

⁹² Iran/US Claims Tribunal, *Flexi-Van Leasing Inc. v. Iran* (1986), Iran/US Claims Tribunal Reports, Bd. XII, S. 352-353

⁹³ CIJ, *Canal de Corfu*, Rec. 1949, S. 18

⁹⁴ CIJ, *Jugements du TAOIT*, Rec. 1956, S. 85

⁹⁵ CIJ, *Effets des jugements du TANU*, Rec. 1954, S. 61

⁹⁶ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 349, der hier auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs verweist

⁹⁷ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 346-347; KIMMINICH/HOBE, S. 184

12. August 1949 erinnern daran, dass die Kriegsparteien im Fall ihrer Kündigung durch diese Grundsätze gebunden sind⁹⁸. In der modernen Staatenpraxis kommt den allgemeinen Rechtsgrundsätzen allerdings nur noch eine geringe Bedeutung zu, da viele der Prinzipien, die ehemals als allgemeine Rechtsgrundsätze galten, nunmehr kodifiziert oder zu internationalem Gewohnheitsrecht geworden sind. So hat etwa der allgemeine Rechtsgrundsatz *pacta sunt servanda* ebenso wie der Grundsatz von Treu und Glauben im Wiener Vertragsrechtsübereinkommen vom 23. Mai 1969 Eingang gefunden⁹⁹. Es ist jedoch nicht zu übersehen, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze die Möglichkeit eröffnen, den internationalen Menschenrechtsschutz zu verstärken, indem die landesrechtlichen Prinzipien, die dem Schutz der Menschenwürde und der sozialen Gerechtigkeit dienen, auf die internationale Rechtsordnung übertragen werden¹⁰⁰. Und bei der fortschreitenden Globalisierung des Rechts, die eine zunehmende Spezialisierung und Unübersichtlichkeit der Rechtsordnung mit sich bringt, dürfte den allgemeinen Rechtsgrundsätzen – ebenso wie den Menschenrechten – als Orientierungspunkte und gemeinsame Nenner im Normenmeer wieder eine erhöhte Bedeutung zukommen, um eine einheitliche, widerspruchsfreie Rechtsordnung herzustellen¹⁰¹.

28. Die Elemente der allgemeinen Rechtsgrundsätze. a) Sie sind den nationalen Rechtsordnungen gemeinsam. – Damit in nationalen Rechtsordnungen entstandene allgemeine Rechtsgrundsätze völkerrechtliche Bedeutung erlangen, müssen sie anerkannt, d.h. der Mehrheit der Staaten gemeinsam sein; Grundsätze, die nur in einigen Ländern Anwendung finden, sind also unbeachtlich¹⁰². Um festzustellen, ob diese Allgemeinheit gegeben ist, begnügt sich die Praxis mit der Rechtsvergleichung einiger charakteristischer Rechte¹⁰³, wobei allgemeine Rechtsgrundsätze auch einmal irrtümlicherweise Eingang ins Völkerrecht finden, da rechtsvergleichende Untersuchungen internationaler Gerichte rar sind¹⁰⁴. Zur Ergänzung regionalen Rechts genügen dabei

⁹⁸ Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs, SR 0.515.112; Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der bewaffneten Kräfte im Felde, SR 0.518.12; Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten, Kranken und Schiffbrüchigen der bewaffneten Kräfte zur See, SR 0.518.23; Genfer Abkommen über die Behandlung der Kriegsgefangenen, SR 0.518.42; Genfer Abkommen über den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten, SR 0.518.51; für die Texte dieser Abkommen, s. auch *Manuel de la Croix-Rouge internationale*, 12. Aufl., Genf 1983

⁹⁹ Art. 26; NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 350; COMBACAU/SUR, S. 104; KÜNG/ECKERT, Nr. 35; IPSEN, S. 201, KIMMINICH/HOBE, S. 184. – Im humanitären Völkerrecht ist die Martenssche Klausel immer noch von Bedeutung, vgl. RHEA SCHIRCKS, *Grundprinzipien des Kriegsrechts. Zum 100jährigen Bestehen der Martensschen Klausel*, NZZ Nr. 156 vom 9. Juli 1999, S. 7

¹⁰⁰ vgl. CONFORTI, S. 44-45; THÜRER, *Wandel*, Rz. 26

¹⁰¹ THÜRER, *Verfassungsstaat*, S. 276-277 u. S. 278; COTTIER, S. 235-236 u. 241; COTTIER/WÜGER, S. 259-260

¹⁰² CIJ, *Sud-Ouest africain*, Rec. 1966, S. 47; NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 347

¹⁰³ SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 513

¹⁰⁴ PERRIN, S. 374-375

regionale Gemeinsamkeiten, und ein in einem Vertrag eingesetztes Schiedsgericht kann auch Rechtsgrundsätze anwenden, die nur den Vertragsstaaten gemeinsam sind (vgl. n° 21) ¹⁰⁵.

29. *Fortsetzung. b) Sie entstammen „Kulturstaaten“.*- Gehören einige Länder nicht zu den Kulturstaaten? Der Begriff „*nation civilisée*“, genauer mit „Kulturvölker“ übersetzt ¹⁰⁶, war bereits in Art. 38 des Statuts des Ständigen Internationalen Gerichtshofs vom 13. Dezember 1920 enthalten ¹⁰⁷. Er grenzte ursprünglich archaische Rechtssysteme aus und wird nun als Relikt der eurozentrischen Völkerrechtsepoche ¹⁰⁸ oder als verletzend für die Entwicklungsländer betrachtet ¹⁰⁹. Im Übrigen wird der Begriff heute in dem Sinne verstanden, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze den grösseren Rechtssystemen der Welt gemeinsam sein müssen ¹¹⁰, oder es wird darauf hingewiesen, dass zumindest alle Mitglieder der UNO als „Kulturvölker“ angesehen würden, da die Charta der UNO auf dem Grundsatz der souveränen Gleichheit aller ihrer Mitglieder beruhe und diese alle automatisch auch Mitglieder des IGH-Statuts seien ¹¹¹. Man wird jedoch zugestehen müssen, dass Staaten, die ihre Staatsangehörigen unterdrücken, foltern und umbringen, zwar UNO-Mitglieder sein, nicht aber als „*nation civilisée*“ gelten können ¹¹². Während sich dieser letzte Standpunkt somit als zu formaljuristisch erweist, spricht für den ersteren die Tatsache, dass für die Akzeptanz von allgemeinen Rechtsgrundsätzen deren Anerkennung durch die die grösseren Rechtssysteme repräsentierenden Staaten unabdingbar ist, ob diese die Bezeichnung Kulturnation nun verdienen oder nicht. Art. 9 des IGH-Statuts bestimmt denn auch, dass im Gericht die grossen Kulturkreise und die hauptsächlichlichen Rechtssysteme der Welt vertreten sein sollen. In der Praxis wird der Begriff „Kulturstaaten“ heute ohne ein- oder ausgrenzende Bedeutung verwendet ¹¹³.

30. *Fortsetzung. c) Sie sind auf die internationale Rechtsordnung übertragbar.*- Damit ein Rechtsgrundsatz, der den nationalen Rechtsordnungen gemeinsam ist, völkerrechtliche Anwendung finden kann, muss er mit den Eigenheiten der internationalen

¹⁰⁵ *ibid.*, Nr. 515-516

¹⁰⁶ so denn auch SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, KÜNG/ECKERT, IPSEN, KIMMINICH/HOBE; die SR verwendet den Begriff „Kulturstaaten“

¹⁰⁷ UNTS Bd. VI, S. 390

¹⁰⁸ CIJ, *Sud-Ouest africain*, Rec. 1966, S. 47; IPSEN, S. 199

¹⁰⁹ vgl. etwa die Minderheitsmeinung des Richters AMMOUN im Anhang an das Urteil des IGH vom 20. Februar 1969 in Sachen *Plateau continental*, in CIJ, Rec. 1969, S. 132

¹¹⁰ so HENKIN, S. 40

¹¹¹ so SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 506, und IPSEN, S. 199

¹¹² vgl. CONFORTI, S. 46; SCHINDLER, *Weg*, S. 1038; THÜRER, *Wandel*, Rz. 25, der zu Recht darauf hinweist, dass die Kennzeichnung „zivilisiert“ als positive Werteorientierung gedeutet werden könnte

¹¹³ vgl. IPSEN, S. 199

Rechtsordnung kompatibel sein ¹¹⁴. Das internationale Gericht muss somit die Normen, die es in nationalen Ordnungen vorfindet, analog auf die internationalen Verhältnisse anwenden und dabei den Unterschieden zwischen dem internationalen und dem nationalen System Rechnung tragen. Daher ist nicht jedes innerstaatliche Prinzip auf die internationale Rechtsordnung übertragbar. So kann etwa der den nationalen Rechten gemeinsame Grundsatz, dass die Einzelnen ihre Ansprüche vor einem Gericht geltend machen können, nicht auf die Völkerrechtsordnung übertragen werden, da diese auf einer Gemeinschaft souveräner Staaten beruht, welche Einzelpersonen nicht als Völkerrechtssubjekt anerkennt ¹¹⁵. Die einzelne Person ist nur als Adressatin von Regeln Völkerrechtssubjekt, nicht aber als Schöpferin von Regeln, während der Staat im vollen Wortsinn Völkerrechtssubjekt ist. Die einzelne Person kann ihre Forderung auf internationaler Ebene zudem nur durchsetzen, wenn ein Staat sie (mittels eines völkerrechtlichen Vertrags) dazu ermächtigt; sie ist also immer durch den Staat mediatisiert (vgl. auch n° 35 u. n° 69) ¹¹⁶.

C. Billigkeit

31. *Sie ist keine selbständige Rechtsquelle.*- Nach Art. 38 Abs. 2 seines Statuts hat der Internationale Gerichtshof die Befugnis, mit Zustimmung der Parteien *ex aequo et bono* zu entscheiden. Billigkeit ist keine autonome Völkerrechtsquelle, da die internationale Rechtsordnung auf der Souveränität der Staaten aufgebaut ist; wenn das Völkerrecht lückenhaft ist, haben die Staaten weder Rechte noch Pflichten, und die Berufung auf die Billigkeit kann solche nicht schaffen. Billigkeit hat völkerrechtlich somit nicht die gleiche Bedeutung wie im angelsächsischen Rechtsraum. Ohne Ermächtigung der Parteien kann die richterliche Behörde die Billigkeit – im Gegensatz zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen – nur als Auslegungshilfe, aber nicht zur Lückenfüllung beiziehen (vgl. n° 22) ¹¹⁷. Die Billigkeit dient als ein Ausgleichsfaktor, sie hat eine

¹¹⁴ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 348; IPSSEN, *ibid.*

¹¹⁵ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 348. – Umgekehrt wendet das Bundesgericht allgemeine Rechtsgrundsätze analog bei Streitigkeiten zwischen Kantonen an; s. BGE 120 Ib 512, S. 523-524, E. 6c, *Canton du Valais c. Canton de Berne*, vom 14. Dezember 1994 (Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben bei einer Grenzstreitigkeit zwischen den Kantonen Wallis und Bern im Bereich der Plaine Morte); vgl. n° 22 u. n° 360.

¹¹⁶ AUBERT, *Observations*, S. 29-31

¹¹⁷ CONFORTI, S. 49; IPSSEN, S. 213-214, mit Hinweisen

Korrektivfunktion ¹¹⁸. Diese sogenannte Billigkeit *intra legem* erlaubt es dem Gericht, bei der Anwendung bestehender Normen die Besonderheiten des konkreten Einzelfalles zu berücksichtigen, oder unter mehreren Auslegungsmöglichkeiten diejenige zu berücksichtigen, die dem zu beurteilenden Fall am besten gerecht wird – was ja ohnehin die wesentliche Aufgabe eines jeden Gerichts ist, ohne dass es dazu einer besonderen Befugnis bedürfte ¹¹⁹. Den hauptsächlichen Anwendungsbereich der Billigkeit *intra legem* stellen Grenzstreitigkeiten dar, so wenn die an sich übliche Aufteilung des Festlandsockels zwischen benachbarten Staaten nach dem Prinzip der Äquidistanz zu den Niedrigwasserlinien wegen konkaven oder konvexen Küstenformen zu unvernünftigen Ergebnissen führen würde ¹²⁰.

32. *Zustimmung der Parteien zu einem Entscheid ex aequo et bono.*- Wenn die Parteien das Gericht ermächtigen, *ex aequo et bono* zu entscheiden, kann es auf Grund der Billigkeit auch echte Lücken des Völkerrechts füllen. Diese Billigkeit *praeter legem* würde die internationalen Normen ergänzen und trüge damit zur Fortbildung des internationalen Gewohnheitsrechts bei, doch hat sie sich in der Staatenpraxis bislang nicht durchsetzen können ¹²¹. Umstritten ist die Frage, ob das Gericht auch unechte Lücken füllen darf, also auf Grund einer Billigkeit *contra legem* von einer bestehenden Norm abweichen darf, um eine dem Einzelfall angemessene Lösung zu finden ¹²². Jedenfalls wäre dazu eine ausdrückliche Ermächtigung durch die Parteien erforderlich ¹²³.

33. *Verweis in internationalen Verträgen auf die Billigkeit.*- In internationalen Abkommen wird häufig auf die Billigkeit verwiesen. Z.B. bestimmt Art. 44 Abs. 3 Bst. c WVÜ, dass ein Ungültigkeitsgrund, der nur auf einzelne Vertragsbestimmungen zutrifft, nur hinsichtlich diesen allein geltend gemacht werden kann, wenn die Weiteranwendung der übrigen Vertragsbestimmungen nicht unbillig ist ¹²⁴. In solchen Fällen ist die richterliche Instanz nicht nur befugt, sondern auch verpflichtet, auf Grund der

¹¹⁸ Ann. CDI, 1976/II, 2. Teil, S. 122

¹¹⁹ CIJ, *Plateau continental de la Mer du Nord*, Rec. 1969, S. 48; NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 353; vgl. IPSSEN, S. 213-214; PERRIN, S. 429

¹²⁰ vgl. z.B. CIJ, *Plateau continental de la Mer du Nord*, Rec. 1969, S. 48

¹²¹ IPSSEN, S. 213; PERRIN, S. 430-432; für ein Beispiel, s. *Brcko Area Arbitration*, ILM 36 (1997) 396 (schiedsgerichtliche Grenzziehung zwischen Serbien und Bosnien-Herzegowina gemäss Annex 2 des Daytoner Friedensvertrags)

¹²² so CIJ, *Plateau continental Tunisie - Libye*, Rec. 1982, S. 60, und MÜLLER/WILDHABER, S. 62

¹²³ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 353; IPSSEN, S. 213

¹²⁴ Zwei weitere Beispiele: Nach Art. 12 des Übereinkommens vom 29. März 1972 über die völkerrechtliche Haftung für Schäden durch Weltraumgegenstände muss der Umfang der Entschädigung in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht und den Grundsätzen der Gerechtigkeit und Billigkeit bestimmt werden; und auch die Konvention von Montego Bay (s. n° 23, Fn. 62) bezieht sich in den Art. 59, 69 und 83 auf die Billigkeit.

Billigkeit zu urteilen (vgl. n° 31). Die Billigkeit bleibt aber eine indirekte Quelle des Völkerrechts, und es ist fraglich, ob der ausdrückliche Verweis auf sie in einem Vertrag die Lösung eines Rechtsstreits beeinflusst ¹²⁵. Da die Entscheidung eines jeden Gerichts gerecht sein soll, muss es ein internationales Abkommen ja sowieso in billiger Weise auslegen. Ohne Ermächtigung der Parteien im konkreten Streitfall aber kann es wie erwähnt (n° 31) nicht *praeter* oder *contra legem* entscheiden; ein blosser Verweis auf die Billigkeit im anwendbaren Vertrag genügt dazu nicht.

D. Völkerrechtliche Verträge

34. *Terminologie.*- Vertrag, Vereinbarung, Übereinkommen, Übereinkunft, Konvention, Abkommen, Satzungen, Charta, Statut, Protokoll, Deklaration, Pakt, Akte, Memorandum, Notenwechsel, Konkordat, *modus vivendi* ¹²⁶: Einzig der Begriff „Konkordat“ ist reserviert für die vom Heiligen Stuhl abgeschlossenen Verträge, ansonsten ist die Terminologie überhaupt nicht strikt. Die Bezeichnung der verschiedenen völkerrechtlichen Abkommen beruht auf Opportunitätsüberlegungen der Vertragsparteien, ohne dass sie rechtlich von Belang wären ¹²⁷.

35. *Gewohnheitsrechtliche Definition.*- Der völkerrechtliche Vertrag ist eine zwischen zwei oder mehreren Völkerrechtssubjekten getroffene Vereinbarung, die rechtlich bindend ist und dem Völkerrecht untersteht ¹²⁸. Diese Definition macht die vier wesentlichen Elemente des völkerrechtlichen Vertrags deutlich: Dass die Vertragsparteien, erstens, Völkerrechtssubjekte sind, d.h. Staaten, zwischenstaatliche internationale Organisationen und weitere juristische Personen, die traditionell als Völkerrechtssubjekte anerkannt werden, wie der Heilige Stuhl, das IKRK und der Malteserorden; zweitens treffen die Vertragsparteien eine Vereinbarung, was ihre übereinstimmende Willensäußerung voraussetzt; der Vertrag ist, drittens, rechtlich bindend, im Gegensatz zu *Gentlemen's Agreements*, politischen Absichtserklärungen und Verhaltenskodizes, die nur moralische Verpflichtungen begründen, was die gewohnheitsrechtliche Maxime

¹²⁵ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 352

¹²⁶ vgl. SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 191; für die französische Terminologie, s. NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 120; für die englische, s. SHAW, S. 73

¹²⁷ CIJ, *Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires*, Rec. 1962, S. 331-332; Art. 2 Abs. 2 WVÜ; SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 191; NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 121; IPSSEN, S. 98

¹²⁸ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 118; IPSSEN, S. 96; PERRIN, S. 90

pacta sunt servanda zum Ausdruck bringt ¹²⁹; und er untersteht, viertens, dem Völkerrecht; Verträge, welche von den Parteien einem nationalen Recht unterstellt werden, sind ohne völkerrechtliche Bedeutung.

36. Kodifizierte Definition.- Das Recht der Verträge ist wie oben (n° 23 *in fine*) erwähnt umfassend in drei Übereinkommen geregelt, nämlich im Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, dem Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge zwischen Staaten und Internationalen Organisationen oder zwischen Internationalen Organisationen vom 21. März 1986 und im Wiener Übereinkommen über die Staatennachfolge in Verträgen vom 23. August 1978. Einzig das WVÜ ist (am 27. Januar 1980) in Kraft getreten. Es ist von 71 Staaten ratifiziert worden, unter anderem auch von Deutschland, dem Vereinigten Königreich, Schweden und der Schweiz; nicht beigetreten sind insbesondere Frankreich und die Vereinigten Staaten von Amerika ¹³⁰. Das Übereinkommen von 1986 ist nicht in Kraft, stimmt aber in weiten Teilen mit dem Abkommen von 1969 wörtlich überein. Die Regelungen des Übereinkommens über die Staatennachfolge von 1978 betreffen dagegen einen Bereich, der von den anderen beiden Übereinkommen ausdrücklich ausgenommen worden ist ¹³¹. Sie sind grösstenteils umstritten ¹³².

Im Sinne des WVÜ ist der völkerrechtliche Vertrag eine in Schriftform geschlossene und vom Völkerrecht bestimmte internationale Übereinkunft zwischen Staaten, gleichviel ob sie in einer oder in mehreren zusammengehörigen Urkunden enthalten ist und welche besondere Bezeichnung sie hat (Art. 2 Abs. 1 Bst. a). Das WVÜ findet also nur auf Verträge Anwendung, die erstens von Staaten und, zweitens, schriftlich abgeschlossen werden. Es kodifiziert weitgehend Gewohnheitsrecht (vgl. n° 23) und gilt insoweit über den Kreis der Mitgliedstaaten hinaus. Da es selbst ein Vertrag ist, kann das Übereinkommen von späteren Verträgen oder von späterem Gewohnheitsrecht derogiert werden (vgl. n° 42 und n° 15) ¹³³.

37. Bedeutung der Verträge.- Die Verträge sind wegen des vorwiegend konsensualen Charakters des Völkerrechts dessen wichtigste Normen ¹³⁴. Das IGH-Statut nennt sie denn auch an erster Stelle der anwendbaren Völkerrechtsnormen (Art. 38 Abs. 1 Bst. a). Wie die Präambel des WVÜ festhält, haben die Verträge eine grundlegende Rolle in der Geschichte der internationalen Beziehungen und eine ständig wachsende Bedeutung als

¹²⁹ SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 193-195; HENKIN, S. 28; NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 119; IPSSEN, S. 101; KIMMINICH/HOBE, S. 201-202

¹³⁰ s. SR 0.111, S. 29-30

¹³¹ Art. 73 WVÜ, Art. 74 Abs. 1 des Übereinkommens von 1986

¹³² IPSSEN, S. 95

¹³³ CONFORTI, S. 65-66; SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 196

¹³⁴ IPSSEN, S. 94; SHAW, S. 74; MÜLLER/WILDHABER, S. 9

Quelle des Völkerrechts und als Mittel zur Entwicklung der friedlichen Zusammenarbeit zwischen den Völkern, ungeachtet ihrer Verfassungs- und Gesellschaftssysteme. Als Beispiele für bedeutende Verträge seien die Charta der Vereinten Nationen ¹³⁵, die Genfer Rotkreuzabkommen ¹³⁶ und die EMRK genannt. Die wachsende Interdependenz der Staatengemeinschaft hat zu einer grossen Zahl von Verträgen geführt. Da sie – im Unterschied zum Gewohnheitsrecht – die schnelle Regelung neuer Probleme erlauben, die Vertragsparteien den Inhalt der Normen direkt bestimmen können und ihre Verbindlichkeit die Zustimmung der Vertragsparteien voraussetzt, sind Verträge ein bevorzugtes aussenpolitisches Instrument der Staaten ¹³⁷. Sie regeln die unterschiedlichsten Bereiche, von der Erforschung des Weltraums bis zum Verbot des Frauenhandels. Ohne Verträge wären alltägliche, die Landesgrenzen überschreitende Handlungen, wie der Versand eines Briefes, ein Telefonanruf oder ein Flug ins Ausland, unmöglich ¹³⁸.

38. Kategorien. Materielle Unterscheidungen. – Das IGH-Statut unterscheidet zwischen internationalen Übereinkünften allgemeiner oder besonderer Natur (Art. 38 Abs. 1 Bst. a). Diese Unterscheidung normativer Verträge (*traités-lois*) von solchen, die konkrete Vereinbarungen betreffen (*traités-contrats*), ist rechtlich belanglos, und oftmals kommen in einem Vertrag Bestimmungen beider Art vor ¹³⁹. Im WVÜ ist diese Unterscheidung nicht mehr aufgenommen worden. Sie könnte aber staatenintern nützlich sein: In der (französischen und schweizerischen) Lehre wird darauf hingewiesen, dass das Parlament an der Ausarbeitung der *traités-lois* beteiligt sein sollte, da diese Gesetze im materiellen Sinn darstellen, während *traités-contrats* Sache der Exekutive seien und die Rolle des Parlaments sich auf seine Kontrollfunktion beschränken könne (vgl. *infra*, n° 190 u. 478). Und in Schweden werden *traités-contrats* nicht in Landesrecht transformiert, da sie den Einzelnen keine justiziablen Rechte oder Pflichten auferlegen (n° 309 *in fine*). Im WVÜ wird dagegen unterschieden zwischen *Verträgen, mit denen internationale Organisationen gegründet werden* und Verträgen, die *im Rahmen einer internationalen Organisation angenommen werden* einerseits und anderen *zwischen Staaten geschlossenen* Übereinkommen andererseits (Art. 2 Abs. 1 Bst. a, Art. 5). Um den Bestand der gegründeten Organisation zu garantieren, sehen Gründungsverträge ein spezielles juristisches Regime vor: Sie verbieten es, Vorbehalte zu den Verfahrensregeln anzubringen, oder den Gründungsvertrag zu suspendieren oder

¹³⁵ abrufbar unter www.un.org/french/aboutun/charte/index.html; für eine deutsche Version, s. <http://www.uno.de/charta/index.htm>

¹³⁶ zit. in Fn. 98

¹³⁷ COMBACAU/SUR, S. 74-75

¹³⁸ DETTER, S. 9; SHAW, S. 74; vgl. WÜGER, S. 93

¹³⁹ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 121; SHAW, S. 75; CONFORTI, S. 63; IPSSEN, S. 98; COTTIER/PANNATIER, SJK 384, S. 4; KIMMINICH/HOBE, S. 173

zu kündigen, wenn er durch ein Mitglied verletzt wird, und sie erlauben die Kündigung nur mit einer langen Frist. Oft sehen sie die Möglichkeit vor, durch Mehrheitsbeschlüsse sekundäres bindendes Recht zu schaffen, das manchmal sogar unmittelbare Rechte und Pflichten für die Einzelnen begründet, wie etwa die Verordnungen der EU. Wegen diesen Eigenheiten spricht man oft von einem verfassungsähnlichen Charakter der Gründungsverträge ¹⁴⁰.

39. *Fortsetzung. Formelle Unterscheidungen.*- Weiter unterscheidet das WVÜ nach der Qualität der *Vertragsparteien*, indem es nur auf die von Staaten, nicht aber auf die von anderen Völkerrechtssubjekten geschlossenen Abkommen anwendbar ist; das entsprechende Abkommen von 1986 (n° 36) sieht aber für Verträge, an denen andere Völkerrechtssubjekte als Staaten beteiligt sind, nur unbedeutende Unterschiede vor. Nach der Anzahl der Vertragsparteien wird unterschieden zwischen *bilateralen* und *multilateralen Verträgen*, wobei die Änderung, Suspendierung und Beendigung verschieden geregelt ist (vgl. Teil IV und V WVÜ). Nach der Form des Vertrags werden die schriftlichen von den mündlichen Abkommen unterschieden, wobei wie erwähnt nur auf erstere das WVÜ Anwendung findet (vgl. n° 36). Schliesslich wird, nach der Art des Vertragsabschlusses, zwischen Verträgen, die im *einfachen Verfahren* und solchen, die im *mehrstufigen Verfahren* abgeschlossen werden, unterschieden. Beim einfachen Verfahren kommt der Vertrag durch die übereinstimmende Willensäusserung der verhandelnden Personen – meistens Vertreterinnen der Regierung – zu Stande, während beim mehrstufigen Verfahren die Genehmigung der zuständigen innerstaatlichen Organe – in der Regel des Parlaments – nötig ist, bevor die Regierung die Zustimmung des Staates, durch den Vertrag gebunden zu sein, durch Ratifikation ausdrückt (vgl. Art. 12 und 13 WVÜ). Es ist Sache des Landesrechts zu bestimmen, ob Verträge im einfachen oder im mehrstufigen Verfahren abgeschlossen werden müssen und damit auch, die Rolle der Staatsorgane in der Aussenpolitik festzulegen.

40. *Wirkungen.*- Ist ein Vertrag in Kraft, so bindet er die Vertragsparteien und ist von ihnen nach Treu und Glauben zu erfüllen (*pacta sunt servanda*). Eine Vertragspartei kann sich nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen. Diese gewohnheitsrechtlichen Grundsätze sind in Art. 26 und 27 WVÜ kodifiziert ¹⁴¹. Allerdings kann ein Staat einen Vertrag anfechten, der unter offenkundiger Verletzung von innerstaatlichen Kompetenzregelungen abgeschlossen wurde (Art. 46-47 WVÜ; vgl. n° 43) ¹⁴². Gegenüber Dritten begründet der

¹⁴⁰ vgl. NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 122

¹⁴¹ vgl. BGE 125 II 417, S. 424-425, E. 4d, A. c. *Bundesrat*, vom 26. Juli 1999, m. w. Hinw.; s. Fn. 84

¹⁴² s. COMBACAU/SUR, S. 126-127; SHAW, S. 662; CONFORTI, S. 80; IPSEN, S. 152-153; PERRIN, S. 135-136

völkerrechtliche Vertrag weder Rechte noch Pflichten; der zivilrechtliche Grundsatz *res inter alios acta aliis nec nocent nec prosunt* gilt auch völkergewohnheitsrechtlich und ist in Art. 34 WVÜ kodifiziert ¹⁴³. Die Zustimmung des Drittstaats zur Übernahme von Pflichten muss ausdrücklich und in Schriftform erfolgen, während die Zustimmung zur Übernahme von Rechten vermutet wird (Art. 35-36 WVÜ). Aber diese „Rechte“ des Drittstaats können von den Vertragsparteien jederzeit aufgehoben werden, es sei denn, sie hätten vereinbart, dass dies die Zustimmung des Drittstaats erfordert (Art. 37). Vertragsbestimmungen können allerdings als ein Satz des Völkergewohnheitsrechts für Drittstaaten verbindlich werden, wie Art. 38 WVÜ festhält. Dies gilt z.B. für die Bestimmungen der Charta der Vereinten Nationen über das Gewaltverbot und die Friedenssicherung (Art. 2 Abs. 6) ¹⁴⁴. Ausserdem können Verträge, die von einer genügend mächtigen Gruppe von Staaten im Namen des Gemeinwohls der Staatengemeinschaft abgeschlossen werden, faktisch eine Wirkung *erga omnes* entfalten ¹⁴⁵. In der heutigen Staatenwelt, die ziemlich demokratisch ist, braucht es dazu die Zustimmung einer grossen Mehrheit der Staaten; deshalb werden Verträge ausgearbeitet, deren Ratifikation sozusagen allen Staaten offensteht. Ein Beispiel hierfür ist der Antarktis-Vertrag vom 1. Dezember 1959 ¹⁴⁶. Dieser Vertrag, der am 23. Juni 1961 in Kraft getreten ist, ermöglicht es einer kleinen Gruppe von Staaten, die für das Gebiet der Antarktis geltenden Regeln zu bestimmen: Nach dessen Art. XII sind die sogenannten Konsultativparteien berechtigt, das Abkommen jederzeit zu ändern; die übrigen Vertragsparteien müssen die Änderung binnen zwei Jahren nach Inkrafttreten ratifizieren, ansonsten gelten sie als vom Vertrag zurückgetreten ¹⁴⁷. Ein weiteres Beispiel ist der zwischen acht europäischen Staaten abgeschlossene Wiener Vertrag vom 20. März 1815, in dem die immerwährende Neutralität der Schweiz vereinbart wurde.

41. Kollision von Verträgen.- Die Vertragsparteien können Widersprüche zwischen Verträgen dadurch vermeiden, dass sie im Vertrag selbst festlegen, dieser sei einem anderen – früher oder später geschlossenen – untergeordnet, oder er sei als nicht unvereinbar mit diesem anzusehen oder habe ihm vorzugehen ¹⁴⁸. So bestimmt Art. 103 der Charta der Vereinten Nationen, dass die Verpflichtungen, die den UNO-Mitgliedern aus der Charta erwachsen, allen anderen vertraglichen Verpflichtungen vorgehen ¹⁴⁹.

¹⁴³ vgl. CIJ, *Plateau continental de la Mer du Nord*, Rec. 1969, S. 3, 25

¹⁴⁴ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 247; SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 330-331; SHAW, S. 652-653

¹⁴⁵ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 246-248

¹⁴⁶ SR 0.121; die Schweiz ist seit dem 15. November 1990 nicht konsultative Partei dieses Vertrags

¹⁴⁷ vgl. SERGE PANNATIER, *L'Antarctique et la protection internationale de l'environnement*, Neuchâtel 1994, S. 117

¹⁴⁸ Art. 30 Abs. 1 u. 2 WVÜ; NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 265-268

¹⁴⁹ vgl. Art. 30 Abs. 1 WVÜ: „Vorbehaltlich des Artikels 103 der Charta der Vereinten Nationen bestimmen sich die Rechte und Pflichten von Staaten (...) nach den folgenden Absätzen: (...)“

Gegenüber Staaten, die nicht zugestimmt haben, haben solche Vorrangsklauseln allerdings keine Geltung, da Verträge zu Lasten Dritter nicht zulässig sind (n° 40) ¹⁵⁰.

Haben die Vertragsstaaten dagegen keine Kollisionsregel vorgesehen, wird der Widerspruch zwischen dem früheren und dem späteren Vertrag durch die Kombination der allgemeinen Rechtsgrundsätze *lex posterior derogat legi priori* und *res inter alios acta aliis nec nocent nec prosunt* gelöst: Zwischen den Staaten, die beiden Verträgen beigetreten sind, gilt der spätere, wobei ein Konflikt zuvor mittels Auslegung zu verhindern gesucht wird, indem z.B. der spätere Vertrag als *lex specialis* aufgefasst wird; im Verhältnis zu Staaten, die dem späteren Vertrag nicht beigetreten sind, geht der frühere, einzig gemeinsame vor, und seine Nichteinhaltung hat die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der vertragsbrüchigen Partei zur Folge, wenn sie nicht in Verhandlungen erreichen kann, von der widersprüchlichen Verpflichtung befreit zu werden ¹⁵¹.

42. *Vertragsänderungen.*- Aus dem Grundsatz *pacta sunt servanda* folgt, dass eine Vertragspartei das Abkommen, dem sie zugestimmt hat, nicht einseitig abändern darf. Umgekehrt steht einer Vertragsänderung nichts entgegen, wenn alle Vertragsparteien dem zustimmen. Für eine Vertragsänderung herrscht – wie für den Vertragsabschluss – Formfreiheit; die Theorie vom *actus contrarius* hat im Völkerrecht keine Gültigkeit ¹⁵². Das WVÜ, das die Vertragsänderung im Teil IV regelt, findet nur insoweit Anwendung, als der Vertrag nichts anderes vorsieht (Art. 39 WVÜ). Das WVÜ, das wie erwähnt nur für schriftliche Verträge gilt (n° 36), berührt die Geltung formloser Abkommen nicht (Art. 3), so dass die Änderung eines schriftlichen Vertrages nicht nur schriftlich, sondern auch mündlich, durch konkludentes Handeln oder durch die Praxis der Vertragsparteien erfolgen kann ¹⁵³.

Da eine Vertragsänderung dem Abschluss eines neuen völkerrechtlichen Abkommens gleichkommt, sind die innerstaatlichen Regeln über den Vertragsabschluss zu beachten ¹⁵⁴.

Bei multilateralen Verträgen mit ihren zum Teil sehr grossen Mitgliederzahlen wäre eine Änderung meist unmöglich, wenn alle Mitglieder zustimmen müssten. Daher

¹⁵⁰ vgl. SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 440. Soweit die Verpflichtungen der Charta der Vereinten Nationen mit denen des zwingenden Völkerrechts übereinstimmen, sind sie – als solche – natürlich auch von UNO-Nichtmitgliedern zu beachten; vgl. CONFORTI, S. 90 u. 181-182. Nach NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 272-273, hat die Charta einen höheren Rang als andere Verträge, weil sie durch ihre grosse Mitgliederzahl quasi universellen Charakter habe und so eine objektive, von allen Staaten zu respektierende Situation geschaffen habe; ein solcher Vorrang wird jedoch nur für das zwingende Völkerrecht allgemein anerkannt (s. n° 55).

¹⁵¹ SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 436-439; CONFORTI, S. 90

¹⁵² COMBACAU/SUR, S. 138; IPSSEN, S. 137

¹⁵³ für ein Beispiel, s. BGE 119 IV 65, S. 68-69 E. 1b, *M. c. Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich*, vom 12. Februar 1993 (s. *infra*, n° 394); NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 293; IPSSEN, *ibid.*; VILLIGER, Nr. 329

¹⁵⁴ COMBACAU/SUR, S. 138

ist es zulässig, dass einzelne Mitglieder nur untereinander geltende Änderungen vereinbaren (sogenannte Contracting-out- oder Inter-se-Abkommen; Art. 41 WVÜ) ¹⁵⁵. In der Praxis haben sich besondere Revisionsklauseln entwickelt. Die Charta der Vereinten Nationen schreibt z.B. für das Inkrafttreten von Änderungen die Zustimmung von zwei Dritteln der Mitglieder der Generalversammlung, die ständigen Mitglieder des Sicherheitsrates eingeschlossen, vor (Art. 108). Andere Verträge enthalten Opting-out-Klauseln, die es den Vertragsparteien erlauben, einzelne Bestimmungen für sich wegzubedingen (s. z.B. Art. 13 Abs. 3 des Übereinkommens vom 26. September 1986 über die frühzeitige Benachrichtigung bei nuklearen Unfällen ¹⁵⁶).

43. Aufhebung des Vertrags. a) Durch Ungültigkeit.- Wegen der Wichtigkeit des Grundsatzes *pacta sunt servanda* für die internationale Gemeinschaft haben sich Regeln über die Lösung der Vertragsbindung herausgebildet, die den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zuzuordnen sind (s. n° 26) ¹⁵⁷. Der fünfte Teil des WVÜ enthält detaillierte Regeln über die Ungültigkeit, Beendigung und Suspendierung von Verträgen, deren Wirkungen und das zu deren Geltendmachung zu beachtende Verfahren ¹⁵⁸. Auch wenn er weitgehend eine Fortbildung des Vertragsrechts darstellt und zahlreiche Vertragsparteien Vorbehalte dazu angebracht haben, beeinflusst er in seiner Eigenschaft als erster Kodifikationsversuch die Staatenpraxis in wachsendem Masse ¹⁵⁹.

Mehrheitlich anerkannt ist zunächst, dass die rechtliche Verbindlichkeit der Verträge aufgehoben wird durch *Willensmängel* (Irrtum, absichtliche Täuschung, Bestechung einer den Staat vertretenden Person, Zwang gegen diese oder den Staat), im Falle der *Überschreitung der Vertretungsbefugnisse*, wenn der Staat die entsprechenden Beschränkungen den Vertragspartnern notifiziert hat, und bei *Widerrechtlichkeit* (Zustimmung unter offenkundiger Verletzung innerstaatlicher Rechtsvorschriften von grundlegender Bedeutung, Verstoss gegen – älteres oder jüngerer – zwingendes Völkerrecht; vgl. n° 40 u. 56-57) ¹⁶⁰. Das WVÜ sieht vor, dass ein Vertrag *nichtig* ist, wenn er unter Zwang zu Stande kam oder im Widerspruch zu zwingendem Völkerrecht steht (Art. 51-53 u. 64), während er in den anderen Fällen *anfechtbar* ist (Art. 46-50). Im Völkergewohnheitsrecht lässt sich diese Unterscheidung nicht nachweisen ¹⁶¹.

¹⁵⁵ *ibid.*, S. 138-139; IPSSEN, S. 139; COTTIER/PANNATIER, SJK 386, S. 3-4

¹⁵⁶ SR 0.732.321.1; vgl. IPSSEN, S. 138-139; COTTIER/PANNATIER, *ibid.*, S. 2

¹⁵⁷ CONFORTI, S. 125; IPSSEN, S. 146-147

¹⁵⁸ vgl. PERRIN, S. 205 ff.; zur Verfahrensfrage, s. NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 207-208, sowie CONFORTI, S. 132-133

¹⁵⁹ IPSSEN, S. 147

¹⁶⁰ Art. 46-53 u. 64 WVÜ, wobei die deutsche Fassung das französische „*dol*“ (absichtliche Täuschung) fälschlicherweise mit „Betrug“ übersetzt; IPSSEN, S. 151-155; COTTIER/PANNATIER, SJK 386, S. 5-8

¹⁶¹ IPSSEN, S. 149-150

Die Parteien können einen Vertrag grundsätzlich nur als Ganzes für ungültig erklären, es sei denn, dieser sei teilbar ¹⁶². Die Ungültigkeit des Vertrags hat nach WVÜ in jedem Fall Wirkung *ex tunc* und löst die (auch gewohnheitsrechtliche) Verpflichtung zur *restitutio in integrum* aus, wobei Handlungen, die in gutem Glauben auf die Gültigkeit des Vertrags vorgenommen wurden, von dieser Pflicht ausgenommen sind (Art. 69 Abs. 1-2). Gemäss dem allgemeinen Rechtsgrundsatz *ex iniuria non oritur ius* ¹⁶³ hat dabei ein Staat, der für absichtliche Täuschung, Bestechung oder Zwang verantwortlich ist, kein Recht auf Wiederherstellung der Lage, die bestanden hätte, wenn der Vertrag nicht abgeschlossen worden wäre (Art. 69 Abs. 3). Die Staatenpraxis folgt allerdings nicht immer der einschneidenden Regelung des WVÜ, die unter Umständen für alle Vertragsparteien mit Nachteilen verbunden ist ¹⁶⁴. Im Falle des Vertrags, der im Widerspruch zu einer Norm des zwingenden Völkerrechts steht, müssen die Staaten ihre Verhältnisse in Einklang mit der entsprechenden Bestimmung bringen (Art. 70 WVÜ).

44. Fortsetzung. b) *Durch Beendigung oder Suspendierung*.- Die Beendigung hebt einen Vertrag auf, die Vertragsparteien sind von der Verpflichtung befreit, ihn weiterhin zu erfüllen (vgl. Art. 70 WVÜ). Die Suspendierung berührt die Geltung des Vertrags nicht, sie enthebt die Parteien nur von dessen Anwendung; bei Beendigung der Suspendierung entfaltet der Vertrag also wieder seine Wirkung. Es sind oft ähnliche Umstände, die eine Vertragsbeendigung oder -suspendierung rechtfertigen, weshalb das WVÜ beide Vorgänge im selben Abschnitt regelt. Unterscheiden kann man zwischen Beendigungs- oder Suspendierungsgründen, die unabhängig vom übereinstimmenden Parteiwillen sind, und solchen, welche von den Parteien vereinbart werden ¹⁶⁵.

Die Beendigung oder Suspendierung des Vertrags kann sich auch aus dem gemeinsamen Parteiwillen ergeben, so beim Eintritt einer resolutiven oder suspensiven *Bedingung*, durch die vertragskonforme *Kündigung* oder die einvernehmliche Aufhebung durch die Vertragsparteien ¹⁶⁶. Die einseitige Vertragskündigung ist ausgeschlossen, es sei denn, diese Möglichkeit sei im Vertrag vorgesehen ¹⁶⁷. Der Vertrag endet zudem, wenn ihn die Parteien während langer Zeit nicht mehr anwenden (durch *desuetudo*: der Vertrag wird durch entgegenstehendes partikuläres Gewohnheitsrecht als *lex posterior* aufgehoben oder abgeändert; vgl. n° 18 u. 54) oder einen neuen,

¹⁶² Dies gilt auch für die Beendigung und Suspendierung und das Erlöschen des Vertrags, Art. 44 WVÜ (s. n° 44). – NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 213; COTTIER/PANNATIER, SJK 386, S. 4

¹⁶³ IPSEN, S. 157

¹⁶⁴ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 211

¹⁶⁵ vgl. COTTIER/PANNATIER, SJK 386, S. 9

¹⁶⁶ Art. 54-59 WVÜ; SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 402 u. 407; CONFORTI, S. 126; COTTIER/PANNATIER, SJK 386, S. 9-10

¹⁶⁷ COMBACAU/SUR, S. 143

dem alten derogierenden Vertrag schliessen (der alte Vertrag wird hier durch den neuen als *lex posterior* aufgehoben), sowie wenn sich eine neue Norm des Völkergewohnheitsrechts bildet, zu der er im Widerspruch steht (ebenfalls auf Grund des Prinzips *lex posterior derogat anteriori*; s. n° 54) ¹⁶⁸; Art. 64 WVÜ sieht für den Fall, dass eine neue zwingende Norm des Völkerrechts entsteht, wie erwähnt die Nichtigkeit des mit dieser Norm in Widerspruch stehenden Vertrags vor (vgl. n° 43). Bei bilateralen Verträgen führt der Untergang einer Vertragspartei als Völkerrechtssubjekt in der Regel zur Beendigung des Vertrags ¹⁶⁹. Ob die Erfüllung des Vertrags dessen Beendigung zur Folge hat, ist umstritten; es hängt wohl von den Umständen des Einzelfalls ab ¹⁷⁰. Jedenfalls wird dies der Fall sein, wenn sich mit der Erfüllung sein Gegenstand erschöpft hat ¹⁷¹.

In folgenden fünf Fällen haben die Parteien gemäss Gewohnheitsrecht und WVÜ die Möglichkeit, die Beendigung oder die Suspendierung des Vertrags geltend zu machen ¹⁷²: Bei *nachträglicher Unmöglichkeit* der Erfüllung ¹⁷³; infolge grundlegender Änderung der Umstände (*clausula rebus sic stantibus*) ¹⁷⁴; im Falle des *Abbruchs diplomatischer oder konsularischer Beziehungen* oder des Ausbruchs eines *Krieges*, wenn dadurch die Anwendung des Vertrags unmöglich wird oder wenn sich ein dahingehender Parteiwille nachweisen lässt ¹⁷⁵; und schliesslich wird bei einer erheblichen Vertragsverletzung die vertragstreue Partei ihrerseits von der Leistungspflicht befreit: *inadimpleti non est adimplendum* ¹⁷⁶.

Die Parteien können einen Vertrag grundsätzlich – wie bei der Ungültigerklärung (n° 43) – nur als ganzen beenden oder suspendieren. Nach Art. 60 Abs. 5 WVÜ berechtigt die Verletzung von Bestimmungen über den Schutz der menschlichen Person in Verträgen humanitärer Art nicht zur Beendigung oder Suspendierung des in Frage stehenden Vertrags. Diese Bestimmungen gelten als zwingendes Völkerrecht unabhängig von Verträgen. Mit Art. 60 Abs. 5 WVÜ, der auf einen Vorschlag der Schweiz zurückgeht, sollten vor allem die Genfer Rot-Kreuz-Konventionen vor Beendigungs- und Suspendierungsmöglichkeiten geschützt werden ¹⁷⁷.

¹⁶⁸ COMBACAU/SUR, S. 146; SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 419; CONFORTI, S. 126; IPSEN, S. 179; VILLIGER, Nr. 323; PERRIN, S. 282

¹⁶⁹ IPSEN, S. 178

¹⁷⁰ *ibid.*, S. 177

¹⁷¹ COTTIER/PANNATIER, SJK 386, S. 10

¹⁷² vgl. SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 420; IPSEN, S. 168; COTTIER/PANNATIER, SJK 386, S. 11

¹⁷³ Art. 61 WVÜ; IPSEN, S. 172

¹⁷⁴ Art. 62 WVÜ; IPSEN, S. 172-173; PERRIN, S. 326

¹⁷⁵ Art. 63 u. 73 WVÜ; IPSEN, S. 168; SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 432; PERRIN, S. 293

¹⁷⁶ Art. 60 WVÜ; IPSEN, S. 169; SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 421

¹⁷⁷ IPSEN, S. 171; SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 429; COTTIER/PANNATIER, SJK 386, S. 11

45. *Fortsetzung. c) Verfahren.*- Die Aufhebung oder Suspendierung des Vertrags erfolgt *auf internationaler Ebene* durch eine Erklärung des dazu verfassungsrechtlich zuständigen Staatsorgans. Die Art. 65-68 WVÜ sehen dabei ein komplexes Verfahren zur Bestimmung der Ungültigkeit, Beendigung oder Suspendierung des Vertrags vor: Die Vertragspartei hat zunächst den anderen Vertragsparteien ihren Anspruch, nicht mehr durch den Vertrag gebunden zu sein, zu notifizieren (Art. 65). Wenn eine Vertragspartei Einspruch erhebt, erlässt die im Anhang zum WVÜ vorgesehene Vergleichskommission eine nicht bindende Entscheidung, während im Falle eines Konflikts mit zwingendem Völkerrecht der Internationale Gerichtshof ein bindendes Urteil fällt (Art. 66) ¹⁷⁸.

Neben dieser formellen Erklärung auf internationaler Ebene, welche die Vertragspartei für ein und allemal von der vertraglichen Bindung befreit, können auf *nationaler Ebene* die rechtsanwendenden Organe im konkreten Anwendungsfall einem völkerrechtlichen Vertrag die Anwendung versagen ¹⁷⁹. Das WVÜ regelt diese Frage nicht ¹⁸⁰. Natürlich haftet aber der Staat völkerrechtlich, wenn seine Gerichte eine Entscheidung fällen, der auf internationaler Ebene aufgehoben wird ¹⁸¹. In der Rechtspraxis tendieren die richterlichen Behörden einzig im Falle grundlegender Änderungen der Umstände und von Vertragsverletzungen dazu, ihre Kompetenz zur Nichtanwendung des Vertrags zu verneinen ¹⁸², obwohl ihnen die entsprechenden vertragsrechtlichen Grundsätze – die *clausula rebus sic stantibus* und das Prinzip *inadimpleti non est adimplendum* – vom Landesrecht her vertraut wären. So entschied das Schweizerische Bundesgericht im Fall *Lepeschkin* ¹⁸³, in diesen Fällen habe der Staat seinen dahingehenden Willen in den Formen des Völkerrechts der anderen Vertragspartei zu eröffnen, denn wie die Entscheidung zum Abschluss eines Vertrages durch politische Erwägungen bedingt sei, so könnten politische Rücksichten sehr wohl auch dazu führen, von der Möglichkeit des Vertragsrücktritts keinen Gebrauch zu machen; gleiches gelte für die Anordnung von Repressalien, womit das Gericht die Nichtanwendung im konkreten Fall gleichsetzte. Es könne der richterlichen Behörde unmöglich zustehen, ihre eigene Auffassung an die Stelle derjenigen der zur Äusserung eines rechtlich erheblichen Willens in dieser Beziehung allein berufenen Gewalten zu setzen (vgl. auch die Haltung der französischen Gerichte, n° 158). Die unterschiedliche Handhabung der Gründe für eine Nichtanwendung eines völkerrechtlichen Vertrags ist jedoch eine widersprüchliche Haltung. Sie erklärt sich wohl auch daraus, dass die

¹⁷⁸ CONFORTI/LABELLA, Nr. 2

¹⁷⁹ *ibid.*, Nr. 3 u. 7-8

¹⁸⁰ *ibid.*, Nr. 8

¹⁸¹ *ibid.*, Nr. 9

¹⁸² *ibid.*, Nr. 6

¹⁸³ BGE 49 I 188, S. 196-199, *Lepeschkin c. Zürcher Obergericht*, vom 2. Februar 1923; für weitere Bsp. s. CONFORTI/LABELLA, *ibid.*

Gerichte vor Urteilen zurückschrecken, die als Retorsionsmassnahmen aufgefasst werden könnten. Wenn man im Völkerrecht in erster Linie eine Rechtsordnung und nicht ein politisches Konstrukt ¹⁸⁴ sieht und deshalb die Anwendung des Völkerrechts durch die innerstaatlichen Gerichte befürwortet, wird man sie – mit CONFORTI und LABELLA – kritisieren ¹⁸⁵.

E. Einseitige völkerrechtliche Rechtsgeschäfte

46. *Übersicht.*- Einseitige Rechtsgeschäfte sind einseitige Willensäusserungen von Völkerrechtssubjekten, die auf die Erzielung einer völkerrechtlichen Folge gerichtet sind ¹⁸⁶. Sie sind ein Ausdruck der internationalen Kompetenzen der Völkerrechtssubjekte ¹⁸⁷. Lange auf Akte von Staaten beschränkt, umfasst diese Völkerrechtsquelle heute eine imposante Anzahl einseitiger Akte, die von internationalen Organisationen ausgehen ¹⁸⁸. Die Geltung der einseitigen Rechtsgeschäfte beruht auf dem allgemeinen Rechtsgrundsatz des Vertrauensschutzes ¹⁸⁹. Auch wenn sie in Art. 38 des IGH-Statuts nicht erwähnt werden, stellen die einseitigen Rechtsgeschäfte eine eigenständige völkerrechtliche Rechtsquelle dar ¹⁹⁰. Sie werden im Rahmen dieser Arbeit im Zusammenhang mit dem internationalen Gewohnheitsrecht, den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und dem Vertragsrecht behandelt, da sie erst im Rahmen dieser Normen einen Einfluss auf die landesrechtliche Rechtsordnung haben.

Die einseitigen Rechtsgeschäfte können unselbständig sein, indem sie Rechtswirkungen im Rahmen des Gewohnheitsrechts (Übung, beharrlicher Widerspruch, *desuetudo*) oder von Verträgen (Ratifikation, Anfechtung, Vorbehalt) entfalten, oder unabhängig von anderen völkerrechtlichen Normen allein durch einseitige Rechtsge-

¹⁸⁴ vgl. COMBACAU/SUR, S. 56 : « *(L)a politique juridique des Etats (...) se déploie en fonction d'une perception plus ou moins étroite de leurs intérêts. Pour eux le droit international n'est pas tant un système de normes qu'une partie de chasse.* »

¹⁸⁵ vgl. CONFORTI/LABELLA, Nr. 5 u. 6

¹⁸⁶ vgl. NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 356 u. 358; COMBACAU/SUR, S. 91

¹⁸⁷ vgl. COMBACAU/SUR, S. 90 u. 91

¹⁸⁸ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 356

¹⁸⁹ CIJ, *Essais nucléaires*, Rec. 1974, S. 268 ff.; SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 175; IPSÉN, S. 202-203

¹⁹⁰ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 357; CPJI, *Statut juridique du Groenland oriental*, 1933, série A/B, S. 69; CIJ, *Essais nucléaires*, Rec. 1974, S. 268 ff.

staltung eine selbständige rechtliche Wirkung entfalten (Anerkennung, Protest, Versprechen) ¹⁹¹.

Ausser einer direkten Bindungswirkung können sie indirekte Wirkungen haben, indem sie zur Bildung von Gewohnheitsrecht, zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge oder zur Anerkennung allgemeiner Rechtsgrundsätze beitragen. Die letzten beiden Punkte gelten auch für rechtlich unverbindliche einseitige Akte, wie z.B. Erklärungen, die einzig eine politische Bedeutung haben ¹⁹².

47. *Einseitige Rechtsgeschäfte von Staaten.*- Staaten können innerhalb ihrer Handlungsbefugnis einseitige Rechtsgeschäfte mit rechtlicher Wirkung tätigen. Diese Akte sind von grosser Vielfalt; entscheidend ist der (mangelfreie) Willen des Staates, sich rechtlich zu binden, und die Äusserung dieses Willens durch das zuständige Organ. Für die Mangelfreiheit der Willensäusserung und die Vertretungskompetenz gelten dabei die selben Regeln wie beim Vertrag (vgl. n° 43) ¹⁹³. Der Internationale Gerichtshof hat in den sogenannten Nukleartest-Fällen ¹⁹⁴ so verschiedene Handlungen wie ein Communiqué des französischen Präsidenten, eine Pressekonferenz des Staatschefs und des Verteidigungsministers sowie eine Ansprache des Aussenministers vor der Generalversammlung der Vereinten Nationen berücksichtigt.

48. *Fortsetzung. Arten.*- Im Einzelnen werden folgende Rechtsgeschäfte unterschieden:

a) Die *Notifikation*, mit der der Staat anderen Völkerrechtssubjekten das Bestehen einer Tatsache zur Kenntnis bringt, was Rechtsfolgen auslöst; die Staaten bedienen sich der Notifikation häufig, um die Durchsetzbarkeit ihrer Ansprüche zu beschleunigen, z.B. in Bezug auf die Begrenzung der Meere ¹⁹⁵;

b) die *Anerkennung*, mit der die Rechtmässigkeit eines Tatbestandes oder eines Rechtsgeschäfts (z.B. einer Grenzziehung, einer neuen Regierung, eines von Dritten geschlossenen Abkommens) ausgedrückt wird. Die Anerkennung ist in der Praxis das bedeutendste und häufigste einseitige Rechtsgeschäft. Sie kann ausdrücklich oder konkludent sein: *qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset* (vgl. n° 26) ¹⁹⁶;

¹⁹¹ vgl. COMBACAU/SUR, S. 90 u. 91

¹⁹² COMBACAU/SUR, S. 93; für die Bedeutung bei der Auslegung von Verträgen, s. BGE 123 I 112, S. 121 E. 4d/cc, *Rolf Himmelberger c. Grand Conseil du canton de Genève*, vom 16. April 1997, m. w. Hinw.

¹⁹³ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 357 u. 363; SHAW, S. 95; IPSEN, S. 203

¹⁹⁴ CIJ, *Essais nucléaires*, Rec. 1974, S. 268; s. auch CPJI, *Statut juridique du Groenland oriental*, 1933, série A/B, S. 69

¹⁹⁵ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 358; SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 179

¹⁹⁶ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 358; IPSEN, S. 205

c) umgekehrt bringt der Staat mit dem *Protest* seine Ablehnung eines Sachverhalts als völkerrechtswidrig zum Ausdruck. Er verhindert so, dass sich eine ihm widerstrebende gewohnheitsrechtliche Regel bildet (s. n° 20) ¹⁹⁷;

d) mit dem *Verzicht* gibt der Staat bestimmte Rechte auf, so dass entsprechende Ansprüche untergehen. Ob der Verzicht ausdrücklich sein muss oder konkludent sein kann, ist umstritten; jedenfalls darf er nicht vermutet werden ¹⁹⁸;

e) das *Versprechen* verpflichtet den Staat gegenüber anderen Völkerrechtssubjekten zu einem bestimmten Verhalten ¹⁹⁹. Z.B. begründen die unilateralen Atomtestmoratorien die völkerrechtliche Verpflichtung, keine Atomtests durchzuführen ²⁰⁰.

49. Einseitige Rechtsgeschäfte internationaler Organisationen. Sie sind selten rechtsverbindlich.- Die Staaten sind auf den Erhalt ihrer Souveränität bedacht und zögern daher im Allgemeinen, internationalen Organisationen Entscheidungskompetenzen abzutreten. Die Aufgabe internationaler Organisationen ist es weniger, verbindliche Normen zu erlassen, als die Zusammenarbeit der Staaten zu erleichtern ²⁰¹. Manchmal ermächtigen Gründerverträge internationale Organisationen zu einseitigen Rechtsgeschäften, die für die Mitgliedsstaaten bindend sind. Bekannte Beispiele hierfür sind die Resolutionen des UNO-Sicherheitsrats auf Grund von Art. 41 und 42 des 7. Kapitels der Charta der Vereinten Nationen, nach denen dieser über friedenssichernde Massnahmen entscheidet, wobei die Entscheide für die UNO-Mitglieder nach Art. 25 der Charta verbindlich sind, sowie Art. 189 EGV, der dem Rat und der Kommission der EG die Befugnis erteilt, rechtsverbindliche Verordnungen, Richtlinien und Entscheide zu erlassen.

50. Fortsetzung. Wirkungen der Akte ohne formelle Rechtskraft.- Empfehlungen und Gutachten bezeichnen einseitige Akte internationaler Organisationen, denen keine Rechtskraft zukommt (s. etwa Art. 189 Abs. 5 des Römer Vertrags und Art. 10 u. 14 der Charta der Vereinten Nationen) ²⁰². Sie *rechtfertigen* jedoch unter den Mitgliedsstaaten ein Verhalten, das zwar nicht im Einklang mit älteren vertraglichen oder gewohnheitsrechtlichen Normen, wohl aber mit diesen Akten ist – vorausgesetzt, dass diese Akte im

¹⁹⁷ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 359; IPSSEN, *ibid.*; SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 181-184

¹⁹⁸ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 359; IPSSEN, S. 205-206

¹⁹⁹ *ibid.*

²⁰⁰ CIJ, *Essais nucléaires français*, Rec. 1974, S. 268; NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 359; für die Schweiz, vgl. die Erklärung Bundesrat PETITPIERRES von 1946, die UNO und ihre Funktionäre mindestens ebenso gut wie alle anderen internationalen Organisationen in der Schweiz zu behandeln, welche nach Ansicht der Völkerrechtsdirektion für die Schweiz rechtsverbindlich war (zit. in MÜLLER/WILDHABER, S. 76-77).

²⁰¹ CONFORTI, S. 137-138; MÜLLER/WILDHABER, S. 80

²⁰² die Terminologie ist allerdings vage; NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 364

Rahmen der Kompetenzen der Organisation und ihrer Organe bleiben²⁰³. Beispielsweise rechtfertigte die Empfehlung des UNO-Sicherheitsrates vom 9. April 1966, den Verkauf von Erdöl an Südrhodesien verbot und das Vereinigte Königreich einlud, die Durchsetzung des Verbots sicherzustellen, die gewohnheitsrechtlich nicht erlaubte Kontrolle eines griechischen Schiffes durch das Vereinigte Königreich auf hoher See²⁰⁴. Neben dieser Rechtfertigungswirkung erwecken die Empfehlungen *Vertrauen*, das der Staat, der für die Empfehlung gestimmt hat, auf Grund des Gebots des Vertrauensschutzes nicht enttäuschen darf²⁰⁵. Zudem können Empfehlungen und Gutachten für den Nachweis einer *Rechtsüberzeugung*²⁰⁶ oder die *Auslegung* völkerrechtlicher Verträge²⁰⁷ herangezogen werden. Und schliesslich stellen sie ein politisches *Druckmittel* dar, womit sie, wenn auch nicht juristisch, so doch politisch, verbindlich sein können²⁰⁸.

Es gilt allerdings, die Bedeutung einseitiger Rechtsgeschäfte internationaler Organisationen zu relativieren: Sie werden meist mit einfacher Mehrheit von den Mitgliedern beschlossen. Da diese meist Staaten sind, welche sich keinem fremden Willen unterwerfen wollen, findet jedoch für die Verabschiedung verbindlicher wie unverbindlicher Texte die Technik des Konsenses weite Verbreitung: An Stelle einer formellen Abstimmung tritt die unbestritten bleibende Feststellung der bzw. des Vorsitzenden, dass alle Mitglieder mit dem Text des Aktes einverstanden sind; Preis für diese Einstimmigkeit ist meist ein schwammiger Text mit einer entsprechend bescheidenen Durchschlagskraft²⁰⁹.

F. Die Hilfsmittel: Rechtsprechung und Lehre

51. *Sie sind keine Rechtsquellen.* - Nach Art. 38 des Statuts des Internationalen Gerichtshofs wendet dieser als Hilfsmittel zur Feststellung der gewohnheitsrechtlichen, vertraglichen und sich aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergebenden Normen die gerichtlichen Entscheide und die Lehren der anerkanntesten Autorinnen und Autoren

²⁰³ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 377

²⁰⁴ RGDIP 1967, S. 472 ff.

²⁰⁵ *ibid.*; CONFORTI, S. 176-177

²⁰⁶ SHAW, S. 91; IPSEN, S. 207-208

²⁰⁷ s. etwa BGE 123 I 112, S. 121 E. 4d/cc, *Rolf Himmelberger c. Grand Conseil du canton de Genève*, vom 16. April 1997, m. w. Hinw.

²⁰⁸ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 375

²⁰⁹ CONFORTI, S. 138

der verschiedenen Nationen an, unter Vorbehalt von Art. 59 (vgl. n° 52). Rechtsprechung und Lehre haben also eine dienende Funktion; sie können als Rechtserkenntnisquellen nur für den Nachweis der völkerrechtlichen Normen herangezogen werden und sind selbst keine Völkerrechtsquelle²¹⁰. Die Staaten wollen die Kontrolle der Normen behalten, denen sie sich unterstellt haben²¹¹. Nicht zu übersehen ist aber, dass die Hilfsmittel neben ihrer Nachweisfunktion eine aktive Rolle im Entstehungsprozess der völkerrechtlichen Normen und für deren Inhaltsbestimmung spielen²¹². Neben Rechtsprechung und Lehre sind eine nachfolgende Vertragspraxis oder Erklärungen der internationalen Organisationen weitere Hilfsmittel, auf die die Gerichte zur Bestimmung völkerrechtlicher Normen zurückgreifen können²¹³.

52. Die Rechtsprechung.- Die als Hilfsmittel zur Bestimmung völkerrechtlicher Normen in Betracht kommenden gerichtlichen Entscheide sind jene der internationalen wie der nationalen Gerichte, der staatlichen wie der Schiedsgerichte²¹⁴. Den Urteilen des Internationalen Gerichtshofs kommt freilich – wegen den besonderen Verfahrensgarantien und seiner Zusammensetzung – eine besondere Autorität zu, während Urteile nationaler Gerichte oft nur einen Anhaltspunkt für den Standpunkt eines Staates darstellen²¹⁵. Auch wenn nach Art. 59 seines Statuts die Entscheidungen des Internationalen Gerichtshofs nur für die Parteien und nur im entschiedenen Fall bindend sind, nimmt dieser dennoch auf seine früheren Entscheide Bezug und hat so eine ständige Spruchpraxis entwickelt²¹⁶. Bei seiner Urteilsfindung geht der Internationale Gerichtshof, wie jedes Gericht, manchmal über eine bloße Feststellung der geltenden Normen hinaus und trägt so zur Weiterentwicklung des Völkerrechts bei. Im britisch-norwegischen Fischereistreit hat er z.B. Kriterien aufgestellt zur Anerkennung der Grundlinien, von denen aus das Küstenmeer gemessen wird, die schliesslich in der Genfer Konvention über das Küstenmeer Eingang gefunden haben (n° 20)²¹⁷. Die Entscheidungen des Internationalen Gerichtshofs beeinflussen die Feststellung und Fortbildung des Völkerrechts wesentlich: Die Staaten orientieren sich an seinen Urteilen und berufen sich auf sie zur Untermauerung ihrer Rechtspositionen ebenso wie

²¹⁰ MÜLLER/WILDHABER, S. 9-10

²¹¹ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 390

²¹² *ibid.*, S. 395; IPSSEN, S. 219; vgl. KIMMINICH/HOBE, S. 186

²¹³ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 390; IPSSEN, S. 219

²¹⁴ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 393; SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 520-521; IPSSEN, S. 219-220

²¹⁵ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 394; SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 521; SHAW, S. 87-88; IPSSEN, S. 220

²¹⁶ SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 519; SHAW, S. 86; IPSSEN, S. 219-220; PERRIN, S. 390

²¹⁷ vgl. SHAW, S. 86 m. w. Hinw.; PERRIN, S. 418

die Völkerrechtskommission der UNO bei der Ausarbeitung ihrer Kodifikationsentwürfe ²¹⁸.

53. *Die Lehre.*- Bis ins 19. Jahrhundert waren die Lehren der anerkanntesten Autoren der verschiedenen Nationen das wichtigste Hilfsmittel zur Feststellung der Rechtsnormen. HUGO GROTIUS, SAMUEL FREIHERR VON PUFENDORF, CORNELIUS VAN BIJNKERSHOEK und EMMER DE VATTEL bestimmten Form und Inhalt des Völkerrechts. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die diplomatischen Beziehungen vertraulich blieben, so dass es der Lehre überlassen war, die Präzedenzfälle eines noch vorwiegend gewohnheitsrechtlichen Völkerrechts zu registrieren, zu klassifizieren und zu erklären, sowie die seltenen und verzettelten internationalen Entscheide zusammenzutragen: es gab nur Schiedssprüche ²¹⁹. Mit dem Aufkommen von Repertorien der Staatenpraxis, der steigenden Zahl und besseren Zugänglichkeit internationaler Entscheide und den Arbeiten im Rahmen der internationalen Organisationen hat die Bedeutung der Lehre abgenommen. Dazu hat auch beigetragen, dass die internationale Gemeinschaft seit dem 1. Weltkrieg wesentlich heterogener geworden ist. Politische und soziale Überzeugungen, die allen Autorinnen und Autoren über nationale Unterschiede hinweg gemeinsam waren, sind heute umstritten, eine Ansicht kann seltener als früher auf eine einhellige Lehrmeinung der fähigsten Völkerrechtlerinnen und Völkerrechtler der verschiedenen Nationen abgestützt werden ²²⁰. Besonders für die Weiterentwicklung des Völkerrechts ist die Bedeutung der Lehre zurückgegangen. Wenn es dagegen um den Nachweis völkerrechtlicher Normen geht, ist sie weiterhin wichtig, und Staaten wie Gerichte berufen sich oft auf sie ²²¹. Und schliesslich üben die Lehrmeinungen auch einen indirekten Einfluss aus, indem zahlreiche Völkerrechtsprofessorinnen und -professoren an internationalen Gerichten, bei internationalen Konferenzen oder internationalen Organisationen tätig sind sowie Praktikerinnen und Praktiker und Entscheidungstragende ihr völkerrechtliches Wissen aus Lehrbüchern und -veranstaltungen beziehen und so von ihnen beeinflusst werden ²²².

²¹⁸ SHAW, *ibid.*

²¹⁹ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 391; SHAW, S. 88; IPSSEN, S. 220

²²⁰ SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 522

²²¹ SHAW, S. 89; IPSSEN, S. 220; PERRIN, S. 466 u. 468

²²² KIMMINICH/HOBE, S. 186; PERRIN, S. 464 u. 469

G. Die Hierarchie der völkerrechtlichen Normen

54. *Formelle Hierarchie.*- Gewohnheitsrecht und Verträge sind gleichwertige Völkerrechtsquellen. Die aus ihnen hervorgehenden Normen befinden sich auf der selben Hierarchiestufe. Ein Widerspruch zwischen diesen wird daher nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen *lex specialis derogat legi generali* und *lex posterior derogat legi priori* gelöst²²³. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze selbst, deren Funktion es ja ist, die gewohnheitsrechtlichen und vertraglichen Bestimmungen zu ergänzen, haben diesen gegenüber nur eine subsidiäre Funktion (n° 24). Ein Normenkonflikt zwischen Vertrags- und Gewohnheitsrecht einerseits und allgemeinen Rechtsgrundsätzen andererseits ist also ausgeschlossen²²⁴. Ebenso tritt die Billigkeit nicht in Widerspruch mit anderen Normen, da sie ja eine dem Einzelfall angemessene Anwendung der vorgenannten Völkerrechtsnormen bezweckt und keine selbständige Völkerrechtsquelle darstellt (n° 31). Die einseitigen Rechtsgeschäfte schliesslich sind einerseits nur innerhalb der durch die übrigen völkerrechtlichen Normen vorgegebenen Grenzen für die anderen Völkerrechtssubjekte verbindlich, üben aber andererseits einen Einfluss auf diese Normen aus und können sie, z.B. als Staatenpraxis, beeinflussen und verändern (n° 46)²²⁵; insofern sind sie mit den anderen Normen gleichwertig. Sie sind Ausdruck dafür, dass im Völkerrecht die Staaten selbst normbildend wirken und sich einer Unterordnung unter eine gesetzgebende Gewalt entziehen. Formell betrachtet sind somit die allgemeinen Rechtsgrundsätze und teilweise die einseitigen Rechtsgeschäfte dem Gewohnheitsrecht und den Verträgen untergeordnete Quellen. Die daraus entspringenden Normen sind jedoch alle gleichrangig. Gegebenenfalls werden sie in einem konkreten Anwendungsfall auf Grund obgenannter Kollisionsregeln nicht angewendet, was aber ihre Geltung nicht berührt²²⁶.

55. *Materielle Hierarchie. Ius cogens.*- Eine Normenhierarchie findet sich nur, wenn wir, statt nach der Herkunft, nach dem Inhalt der völkerrechtlichen Normen fragen²²⁷. So treffen wir zuunterst „weiche“ Normen, die zwar nicht Rechtsqualität haben, sich also ausserhalb der Normenhierarchie befinden, aber dennoch rechtliche Wirkungen haben können (n° 35, 50), und deshalb *soft law* genannt werden. Darüber befinden sich alle „gewöhnlichen“ Normen, aus denen das Völkerrecht besteht. Und schliesslich

²²³ vgl. NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 111-116; COMBACAU/SUR, S. 51-52; SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 523; SHAW, S. 96; DETTER, S. 150; CONFORTI, S. 179-180; VILLIGER, Nr. 87-88 u. 328; IPSSEN, S. 217

²²⁴ vgl. SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 534

²²⁵ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 361

²²⁶ COMBACAU/SUR, S. 154-155

²²⁷ vgl. *ibid.*, S. 202-203

stehen zuoberst einige „zwingende“ Normen, für die sich auch die Bezeichnung *ius cogens* eingebürgert hat. Die Existenz solcher Normen ist für die Anhängerinnen und Anhänger des Naturrechts selbstverständlich, und mit dem Wiener Vertragsübereinkommen von 1969 fand sie breite Anerkennung²²⁸. Nach Art. 53 WVÜ ist eine Norm des allgemeinen Völkerrechts zwingend, wenn sie von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt wird als eine Norm, von der nicht abgewichen werden darf und die nur durch eine spätere Norm des allgemeinen Völkerrechts derselben Rechtsnatur geändert werden kann. Dem WVÜ liegt also nicht ein naturrechtliches, sondern ein positivistisches Ius-Cogens-Verständnis zu Grunde: der Konsens der Staaten bestimmt, was zwingendes Recht ist²²⁹. Ein Vertrag ist nichtig, wenn er im Zeitpunkt des Abschlusses im Widerspruch zu einer zwingenden Norm steht; entsteht eine neue zwingende Norm des allgemeinen Völkerrechts, so wird jeder zu dieser Norm im Widerspruch stehende Vertrag nichtig und erlischt (Art. 53 und 64 WVÜ). Da sich die Verhandlungspartner an der Kodifikationskonferenz nicht darüber einigen konnten, welche konkreten Regeln zwingend sind, wurde schliesslich Art. 66 verabschiedet, der bestimmt, dass jede Partei eine Streitigkeit darüber, ob eine Norm zum *ius cogens* gehört, einseitig mit einer Klageschrift dem Internationalen Gerichtshof zur Entscheidung unterbreiten kann, sofern die Streitparteien nicht vereinbaren, die Streitigkeit einem Schiedsverfahren zu unterwerfen²³⁰. Diese Regel ist aussergewöhnlich: Für keinen anderen Ungültigkeits- oder Nichtigkeitsgrund besteht eine unilaterale Klagemöglichkeit.

56. *Bestimmung des ius cogens.*- Sowohl vertragliche als auch gewohnheitsrechtliche Normen können zwingenden Charakter haben, nicht aber allgemeine Rechtsgrundsätze, die ja eine subsidiäre Funktion haben, noch – *per definitionem* (n° 55) – einseitige Rechtsgeschäfte²³¹. Seit der Ausarbeitung des Wiener Vertragsrechtsübereinkommens von 1969 ist der Inhalt des zwingenden Völkerrechts durch die Rechtsprechung etwas genauer bestimmt worden. Der Internationale Gerichtshof nennt in einem *obiter dictum* des Entscheids in Sachen *Barcelona Traction* vom 5. Februar 1970 als Beispiel zwingender Normen das Verbot von Angriffshandlungen, von Genozid, sowie von Verletzung der grundlegenden Menschenrechte, insbesondere von Folter, Abschiebung (*Refoulement*), Sklaverei und Rassendiskriminierung²³². Im Entscheid zum diplomatischen und konsularischen Personal der USA in Teheran vom 15. Dezember 1979 hat der Internationale Gerichtshof erwogen, dass zwar kein Staat verpflichtet ist, diplomati-

²²⁸ HENKIN, S. 38; KIMMINICH/HOBE, S. 171

²²⁹ IPSEN, S. 1159; vgl. PERRIN, S. 525

²³⁰ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 203-204

²³¹ vgl. *ibid.*, S. 202-203; SHAW, S. 97-98 (mit der Begründung, dass allgemeine Rechtsgrundsätze nicht allgemein als Rechtsquelle anerkannt sind)

²³² Rec. 1970, S. 32

sche oder konsularische Beziehungen zu pflegen, aber jeder Staat, der solche pflegt, die zwingenden Verpflichtungen anerkennen muss, die diese mit sich bringen und die in den Wiener Übereinkommen von 1961 und 1963 kodifiziert sind²³³. Im Entscheid zu den militärischen und paramilitärischen Aktivitäten gegen Nicaragua vom 27. Juni 1986 hat der Internationale Gerichtshof das Verbot der Drohung mit Gewalt oder der Anwendung von Gewalt – es sei denn zum Selbstschutz gemäss Art. 51 der UNO-Charta – in den internationalen Beziehungen nach Art. 2 Ziff. 4 der UNO-Charta für zwingend erklärt²³⁴. In seinem Gutachten vom 8. Juli 1996 über die Rechtmässigkeit der Bedrohung mit oder des Gebrauchs von Atomwaffen zählt er eine grosse Zahl der Regeln des humanitären Völkerrechts zu den „unverletzlichen Grundsätzen des internationalen Gewohnheitsrechts“²³⁵. Das mit der Beurteilung der Meeresgrenze zwischen Guinea-Bissau und Senegal befassten Schiedsgericht zählte das Selbstbestimmungsrecht der Völker dazu²³⁶. Die Schiedskommission der europäischen Konferenz für den Frieden in Jugoslawien nennt die Menschenrechte, die Rechte der Völker und der ethnischen, religiösen oder sprachlichen Minderheiten sowie, wie der Internationale Gerichtshof, jene Normen, welche Gewaltanwendung in den Beziehungen mit anderen Staaten verbieten²³⁷.

57. *Bedeutung des ius cogens.*– Die Völkerrechtskommission, auf deren Vorschlag Art. 53 und 64 WVÜ zurückgehen, betonte zwar, dass sie mit ihrem Entwurf nichts Neues geschaffen habe und es bereits Regeln gebe, gegen die die Staaten nicht mit einem Vertrag verstossen dürften²³⁸. Doch wurde die Lösung als fast revolutionäre Neuerung empfunden, da sie aufzeigte, dass auch souveräne Staaten nicht Abkommen beliebigen Inhalts schliessen dürfen²³⁹. Viele Delegierte der Wiener Vertragskonferenz betonten, diese Beschränkung wäre früher, als ein vertragliches Völkerrechtskonzept vorherrschend war, nicht möglich gewesen²⁴⁰. Die breite Anerkennung des Ius-Cogens-Konzepts ist Ausdruck der Überzeugung, dass die Staaten der Erde eine Gemeinschaft mit eigenständigen Werten bilden, welche der Einzelstaat respektieren muss²⁴¹. Diese Betonung der Gemeinschaftsbindung unterscheidet das moderne

²³³ CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, Rec. 1979, S. 20

²³⁴ Rec. 1986, S. 100-101; CONFORTI, S. 182; vgl. auch Art. 51 u. 52 WVÜ; COMBACAU/SUR, S. 155

²³⁵ Rec. 1996, S. 257; Präsident BEDJAOUI betrachtet sie als *ius cogens* (S. 273)

²³⁶ Schiedsspruch vom 31. Juli 1989; RGDIP 1990, S. 234-235

²³⁷ Gutachten Nr. 1 vom 29. November 1991, Nr. 2 vom 11. Januar 1992, Nr. 9 vom 4. Juli 1992; RGDIP 1992, S. 265-267. Gutachten Nr. 10 vom 4. Juli 1992, RGDIP 1993, S. 594; vgl. Bericht des UNO-Generalsekretärs an den Sicherheitsrat über die Verantwortlichkeit für die Auslösung des Konflikts zwischen Iran und Irak vom 9. Dezember 1991, S/23 273, Par. 7

²³⁸ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 201

²³⁹ TOMUSCHAT, S. 1

²⁴⁰ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 201

²⁴¹ *ibid.*; HENKIN, S. 39

Völkerrecht von den klassischen Strömungen des 19. Jahrhunderts, für die der souveräne Staat das Mass aller Dinge war²⁴². Mit den Art. 53 und 64 WVÜ hat sie einen normativen Ausdruck gefunden. Heute herrscht weitgehend Einigkeit darüber, dass das zwingende Völkerrecht wegen seiner grundlegenden Bedeutung für die internationale Gemeinschaft nicht nur die Vertragsautonomie der Völkerrechtssubjekte beschränkt, sondern auch die einseitigen Rechtsgeschäfte und die Möglichkeit, das Gewohnheitsrecht zu gestalten: Jede Völkerrechtsnorm, die gegen *ius cogens* verstösst, ist nichtig (für die Praxis der Schweiz, s. n° 364-379)²⁴³. Demgegenüber hat die Verletzung einer Norm des „gewöhnlichen“ Völkerrechts nicht die Ungültigkeit oder Nichtigkeit der verletzenden Norm zur Folge, sondern begründet einzig die Verantwortlichkeit des für die Verletzung verantwortlichen Staates²⁴⁴. Der Internationale Gerichtshof hat im Entscheid *Barcelona Traction* festgestellt, dass die Respektierung des zwingenden Völkerrechts der internationalen Staatengemeinschaft geschuldet ist und dieses Verpflichtungen *erga omnes* begründet; wegen der Bedeutung des zwingenden Völkerrechts könne man davon ausgehen, dass alle Staaten ein rechtliches Interesse an ihrem Schutz hätten²⁴⁵. Ein Drittstaat, der bei der Verletzung von gewöhnlichem Völkerrecht keine Aktivlegitimation hätte, könnte also möglicherweise klagen, wenn ein Verstoß gegen *ius cogens* vorliegt²⁴⁶.

²⁴² Sie ist aber keineswegs neu; schon FRANCISCO SUAREZ ging – neben anderen Autoren – in seinem Werk „*De legibus, ac Deo legislatore*“ von 1612 davon aus, dass die Menschheit stets eine gewisse moralische und politische Einheit bewahre, aus der gewisse Grundverpflichtungen aller Staaten flössen; vgl. TOMUSCHAT, S. 6-7, m. w. Hinw.

²⁴³ HENKIN, S. 39; IPSEN, S. 157 u. 161; KIMMINICH/HOBE, S. 170; PERRIN, S. 543

²⁴⁴ COMBACAU/SUR, S. 155; NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 96-97; SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 545-548

²⁴⁵ CIJ, *Barcelona Traction*, Rec. 1970, S. 32

²⁴⁶ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 201; PERRIN, S. 547

II. Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht: Monismus, Dualismus

58. *Monismus und Dualismus: Die zwei Haltungen gegenüber dem Völkerrecht.*- Die Unterschiede in der Entstehung, Anwendung und Durchsetzung der internationalen und der nationalen Normen rufen die Frage nach ihrem gegenseitigen Verhältnis wach. Handelt es sich um zwei verschiedene Rechtssysteme oder um Normen eines einzigen Rechtskreises? Diese Frage ist seit dem 19. Jahrhundert Gegenstand kontroverser Lehrmeinungen²⁴⁷. Ihr kann sich kein Staatswesen entziehen, da die völkerrechtlichen Verpflichtungen seit langem – und mit den wachsenden politischen und wirtschaftlichen Interdependenzen in zunehmendem Masse – eine innerstaatliche Umsetzung verlangen. So kann ein Staat seine gewohnheitsrechtliche Pflicht, die Immunität der ausländischen Gesandten zu respektieren, nur wahrnehmen, wenn er seinem Polizeicorps und den Gerichten entsprechende Anweisungen gibt; er kann ein Freihandelsabkommen nur einhalten, wenn seine Zollbehörden entsprechend instruiert sind; und zur Erfüllung von Konventionen zum Schutze der Menschenrechte müssen die Mitarbeitenden der Gerichte, Polizeibehörden und Strafanstalten zu deren Beachtung angehalten sein²⁴⁸.

Wie er die Einhaltung seiner völkerrechtlichen Verpflichtungen sicherstellt, darin ist jeder Staat frei. Als theoretische Grundlagen bieten sich ihm der Monismus und der Dualismus an. Nach der monistischen Lehre bilden Völkerrecht und Landesrecht ein einziges Rechtssystem, so dass internationale Normen ohne weiteres innerstaatliche Geltung haben (durch sogenannte Adoption oder Inkorporation; s. n° 59). Nach der dualistischen Auffassung dagegen gehören Völker- und Landesrecht zwei verschiedenen Rechtsordnungen an, weshalb das Völkerrecht durch einen innerstaatlichen Akt ins Landesrecht übernommen werden muss, um innerstaatliche Geltung zu erlangen (durch sogenannte Transformation oder einen Vollzugsbefehl, s. n° 66).

59. *Beschränkte Tragweite der Kontroverse.*- Ist der Staat auch frei in der Wahl der Art und Weise der Umsetzung seiner völkerrechtlichen Verpflichtungen, zu seiner Einhaltung verpflichtet ist er auf alle Fälle: Setzt er völkerrechtliche Verpflichtung nicht oder nur unvollständig um, ist seine völkerrechtliche Haftung gegeben, ob er nun ein monistisches oder ein dualistisches System gewählt hat. Deshalb ist für die praktische Lösung der Frage des Verhältnisses von Völker- und Landesrecht die Kontroverse um

²⁴⁷ s. KELLER, S. 227-229, m. w. Hinw.

²⁴⁸ vgl. HENKIN, S. 66-67

Monismus und Dualismus grundsätzlich nicht von Belang (n° 67). Doch geben diese beiden Theorien Auskunft über die ideologische Haltung eines Landes gegenüber der Staatengemeinschaft: Der Dualismus betont die Souveränität des Staates. Er schirmt ihn von den internationalen Normen ab; diese haben nur Zugang, wenn ein Akt des Staates diese einlässt (n° 64). Der Monismus dagegen öffnet dem Völkerrecht ungehinderten Zugang zur innerstaatlichen Rechtsordnung des Staates, das dieses System gewählt hat. Grundsätzlich ist er also völkerrechtsfreundlicher (n° 60).

Ausserdem ist bei der innerstaatlichen Durchsetzung des Völkerrechts nicht nur die innerstaatliche Geltung des Völkerrechts, sondern auch seine Anwendung und sein Rang gegenüber dem Landesrecht entscheidend. Zu diesen Fragen sind verschiedene Lösungen möglich, unabhängig davon, ob ein Land dualistisch ist oder monistisch (n° 67-70).

A. Monismus

60. *Theoretische Grundlagen: Das Naturrecht; die Wiener Schule.*- Der Monismus geht auf die Naturrechtslehre zurück, wonach die Natur den Menschen mit Vernunft bedacht habe, und die Vernunft nichts Widersprüchliches bestimme, so dass es nur eine einzige, widerspruchsfreie Rechtsordnung geben könne. Diese monistische Sicht wurde von der „Wiener Schule“ wieder aufgenommen (HANS Kelsen, ALFRED VERDROSS und andere)²⁴⁹. Nach Kelsen müssen das Völker- und das Landesrecht rein logisch eine einheitliche, widerspruchsfreie Rechtsordnung bilden, wenn internationale und nationale Normen gleichzeitig gültig und Normen des Rechts sein sollen²⁵⁰. Ein einheitliches System könne dadurch erreicht werden, dass die eine der anderen Ordnung untergeordnet sei oder indem die beiden Ordnungen gleichgeordnet seien; letzteres würde aber eine übergeordnete dritte Ordnung voraussetzen, weshalb Kelsen diese Lösung verwarf: „*Das Völkerrecht muss entweder als eine von der staatlichen Rechtsordnung delegierte und daher dieser eingegliederte Rechtsordnung oder als eine die staatlichen Rechtsordnungen delegierende, diesen übergeordnete, sie alle als Teil-Rechtsordnung umfassende Total-Rechtsordnung begriffen werden.*“²⁵¹ Die Wahl zwischen diesen beiden logischen Möglichkeiten werde von politischen Erwägungen bestimmt. „*Wem die Vorstellung von der Souveränität seines Staates wert ist, weil er*

²⁴⁹ IPSSEN, 3. Aufl., S. 1072

²⁵⁰ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 329

²⁵¹ *ibid.*, S. 332-333

sich mit diesem in seinem gesteigerten Selbstbewusstsein identifiziert, der wird den Primat der staatlichen Rechtsordnung dem Primat der Völkerrechtsordnung vorziehen. Wem die Idee einer Weltrechtsorganisation werter ist, der wird den Primat des Völkerrechts dem Primat des staatlichen Rechts vorziehen.“²⁵² Kelsen weist darauf hin, dass der Inhalt des Völkerrechts derselbe ist, ob man nun vom Primat des Landesrechts oder vom Primat des Völkerrechts ausgehe. Daher sei es ein Trugschluss, dass ein Primat des Landesrechts die Rechtfertigung für eine Politik liefere, die jede weitgehende Einschränkung der Aktionsfreiheit des Staates ablehne, doch sei dieser Trugschluss nun einmal ein Bestandteil des mit dem Dogma der Staatssouveränität operierenden Imperialismus; ebenso sei es ein Trugschluss, dass ein Primat des Völkerrechts eine weitgehende Einschränkung der staatlichen Aktionsfreiheit eher rechtfertige, doch spiele auch dieser Trugschluss eine entscheidende Rolle innerhalb der politischen Ideologie des Pazifismus²⁵³. Da es von einer einheitlichen Rechtsordnung ausgeht, erlangt nach monistischem Verständnis Völkerrecht automatisch innerstaatliche Geltung (sogenannte *Adoptions- oder Inkorporationstheorie*).

61. *Monismus mit Primat des Landesrechts.*- Ein Monismus mit Primat des Landesrechts wurde v.a. von deutschen Juristen vertreten, die der Auffassung FRIEDRICH HEGELS folgten, dass der Staat die höchste Autorität darstelle (sogenannte „Bonner Schule“: KAUFFMANN, SEYDEL, WENZEL; in Frankreich wurde diese Ansicht von DÉCENCIÈRE-FERRANDIÈRE und BURDEAU vertreten). Der Staat ist an völkerrechtliche Normen nur gebunden, wenn er diese als für ihn verbindlich anerkennt. Die Verfassung des Staates bestimmt, welches Organ für die auswärtigen Angelegenheiten zuständig ist, welches Organ Verträge abschließen kann und nach welchem Verfahren völkerrechtliche Verträge für den Staat verbindlich werden. Das Völkerrecht ist also ein Teil des Staatsrechts: ein Aussenstaatsrecht. Da es so viele Aussenstaatsrechte wie Staaten gibt, führt diese Auffassung zur Verneinung des Völkerrechts als einheitliche, eigenständige Rechtsordnung²⁵⁴. Die Lehre des Monismus mit Primat des Landesrechts wird heute nicht mehr vertreten. Es ist allgemein anerkannt, dass das Völkerrecht eine einheitliche und eigenständige Rechtsordnung darstellt, welche die Souveränität der Staaten beschränkt²⁵⁵.

62. *Monismus mit Primat des Völkerrechts.*- Nach dieser Lehre (vertreten etwa von MERKL, VERDROSS, KUNZ und SCELLE) bildet das Völkerrecht den Geltungsgrund der verschiedenen nationalen Rechtsordnungen. Das Völkerrecht ist daher unmittelbar

²⁵² *ibid.*, S. 345

²⁵³ *ibid.*

²⁵⁴ vgl. NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 87-88; COMBACAU/SUR, S. 177; KIMMINICH/HOBE, S. 214

²⁵⁵ vgl. etwa IPSEN, 3. Aufl., S. 1073

innerstaatlich gültig und geht dem Landesrecht vor. Da das Völkerrecht den Geltungsgrund des Landesrechts darstellt, ist ein Konflikt zwischen Völkerrecht und Landesrecht ausgeschlossen: dem Völkerrecht entgegenstehendes Landesrecht ist schlicht nichtig²⁵⁶. Diese strikte Auffassung steht jedoch im Widerspruch zu den Staatsverfassungen und zu der Staatenpraxis und hat sich so nicht durchsetzen können. Selbst im völkerrechtlichen Schrifttum wird darauf hingewiesen, dass es besonders in den demokratischen Staaten nicht unbedingt ein Fortschritt ist, wenn die Gesetze den Akten der Exekutive – was völkerrechtliche Verträge häufig sind – weichen müssen (SERGE SUR)²⁵⁷, und dass es dem Landesrecht erlaubt sein müsse, gewisse verfassungsmässige Werte auch gegenüber dem Völkerrecht durchzusetzen (BENEDETTO CONFORTI)²⁵⁸. Der Internationale Gerichtshof betont zwar, dass der Vorrang des Völkerrechts über das Landesrecht ein grundlegendes Prinzip des Völkerrechts sei²⁵⁹, doch sind völkerrechtswidrige landesrechtliche Normen im Allgemeinen keineswegs nichtig, sondern lösen die internationale Verantwortlichkeit des betreffenden Staates aus (n° 57). Einzig landesrechtliche Normen, die zur Verletzung von zwingendem Völkerrecht führen, sind nach allgemeiner Auffassung nichtig (n° 55).

63. Gemässigter Monismus. – Der gemässigte Monismus geht ebenfalls vom Vorrang des Völkerrechts aus, anerkennt aber die Möglichkeit von Konflikten zwischen internationalen und nationalen Normen. Ein Staat kann also völkerrechtswidrige Gesetze erlassen, die innerstaatlich Geltung und Anwendung beanspruchen und dem Völkerrecht vorgehen. Dieser Vorrang des Landesrechts ist aber nur vorübergehender Natur, denn wenn auf internationaler Ebene ein Streit über den Vorrang ausbricht, so setzt sich die völkerrechtliche Norm durch. Die Staaten sind völkerrechtlich verpflichtet, einen völkerrechtsgemässen Zustand wiederherzustellen; die internationalen Gerichte werten Entscheidungen der innerstaatlichen Gerichte und Parlamente nur als Fakten. Bestimmungen der Verfassung, eines Gesetzes oder ein Urteil des obersten staatlichen Gerichts vermögen keine Völkerrechtsverletzung zu rechtfertigen²⁶⁰. Der gemässigte Monismus entspricht grundsätzlich der Praxis Frankreichs (n° 147), der USA (n° 241) und der Schweiz (n° 344-345).

²⁵⁶ *ibid.*

²⁵⁷ COMBACAU/SUR, S. 178

²⁵⁸ CONFORTI, S. 284

²⁵⁹ CIJ, *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)* Rec. 1988, S. 34

²⁶⁰ Art. 27 WVÜ; SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 549-555; IPSSEN, 3. Aufl., S. 1073-1074

B. Dualismus

64. *Theoretische Grundlagen. Der Nationalismus.*- Der Dualismus wurzelt im national-staatlichen 19. Jahrhundert: Nach den nationalen Einigungen erschien der Nationalstaat als höchste Macht, die gegen aussen niemandem Rechenschaft schuldete ²⁶¹. Nach der von HEINRICH TRIEPEL begründeten dualistischen Auffassung entspringen Völkerrecht und Landesrecht verschiedenen Quellen. Ersteres entsteht in einem internationalen Prozess; letzteres wird von der gesetzgebenden Gewalt jedes einzelnen Staates gesetzt. Völkerrecht und Landesrecht bilden so zwei verschiedene Rechtskreise, die sich höchstens berühren, niemals aber schneiden ²⁶². Völkerrecht und Landesrecht regeln nicht den selben Gegenstand und haben nicht die selben Normadressaten, denn das Völkerrecht regelt die Beziehungen zwischen den Staaten, und das Landesrecht regelt die Beziehungen innerhalb der Staaten, also die Verhältnisse der Bürgerinnen und Bürger untereinander und ihr Verhältnis zum Staat. Völkerrecht wendet sich also nur an Staaten, Landesrecht nur an innerstaatliche Rechtssubjekte. Seinen historischen Wurzeln gemäss hat der Dualismus vor allem in der deutschen und in der italienischen Völkerrechtslehre Bedeutung erlangt (neben TRIEPEL wird er vertreten von RUDOLF WALZ und ANZILOTTI), wobei man eine strikte und eine gemässigte Auffassung unterscheiden kann ²⁶³.

65. *Strikter Dualismus.*- Gemäss dem von TRIEPEL vertretenen strikten Dualismus kann zwischen den beiden Rechtskreisen Völkerrecht und Landesrecht kein Austausch stattfinden. Eine Rezeption von internationalen Normen in die nationale Rechtsordnung ist ausgeschlossen, da die Normadressaten nicht die gleichen sind (n° 64). Eine Ausnahme sieht TRIEPEL einzig in der Rezeption von völkerrechtlichen Normen durch den Bundesstaat, um die Beziehungen zwischen seinen Teilstaaten zu regeln, oder für die Regelung des Verhältnisses zwischen innerstaatlichen öffentlich-rechtlichen Körperschaften wie Gemeinden oder Pfarreien ²⁶⁴. Abgesehen von diesen besonderen Figuren hätten die internationale und die nationale Rechtsordnung aber verschiedene Regelungsgehalte. Daher sei eine Konkurrenz ebenso wie ein Konflikt zwischen ihnen ausgeschlossen; es sei nicht möglich, dass eine internationale und eine nationale Norm auf die selbe Situation Anwendung fänden ²⁶⁵. Dennoch anerkennt TRIEPEL den Vorrang des Völkerrechts: Der Staat müsse seine Gesetze, die das Ergebnis des Willens eines einzelnen Staates darstellten, dem Völkerrecht als Äusserung des gemeinsamen

²⁶¹ SCHINDLER, *Weg*, S. 1028

²⁶² TRIEPEL, S. 111

²⁶³ IPSEN, 3. Aufl., S. 1074-1075

²⁶⁴ TRIEPEL, S. 169-171; vgl. n° 22 und Fn. 115

²⁶⁵ TRIEPEL, S. 254

Willens der Staaten anpassen, auch wenn die Gesetze, die im Widerspruch zu Völkerrecht ständen, gültig seien, da sie einer vom Völkerrecht verschiedenen Rechtsordnung angehörten²⁶⁶. *Innerstaatlich* ist also einzig das Landesrecht massgebend. „*Ein Akt der vollziehenden Gewalt ist niemals deshalb nichtig, weil er dem Völkerrecht zuwiderläuft. (D)ie Ausübung eines Amtes kann ‚rechtmässig‘ sein (...), auch wenn sich der Ausübende mit dem Völkerrecht im Widerspruch befindet.*“ Davon zu unterscheiden sei die völkerrechtliche Frage der internationalen Verantwortlichkeit des Staates. TRIEPEL erkannte den Vorrang des Völkerrechts ebenso an wie die Verpflichtung der Staaten, völkerrechtswidriges Landesrecht zu beseitigen²⁶⁷.

66. *Gemässigter Dualismus.*- Auch der gemässigte Dualismus geht von einer strikten Trennung des internationalen und des nationalen Rechtskreises aus, doch sind Verweise und Konflikte zwischen den beiden Rechtsordnungen möglich. ANZILOTTI verneinte noch die Möglichkeit von Konflikten, anerkannte aber die Möglichkeit von Verweisen. Wenn der Verweis rein formeller Art ist, erlangen nach seiner Auffassung die internationalen Normen innerstaatliche Geltung, ohne ihre Qualität als Völkerrecht einzubüssen, also ohne in Landesrecht transformiert zu werden (sogenannte *Vollzugsthese*)²⁶⁸. WALZ ging noch einen Schritt weiter und hielt auch Konflikte zwischen den beiden Rechtskreisen für möglich. Das Völkerrecht könne den Staat verpflichten, ermächtigen und berechtigen. Es könne ihn aber nicht direkt daran hindern, völkerrechtswidrige Normen zu erlassen²⁶⁹. Die gemässigte Form des Dualismus hat sich heute gegenüber seiner strikten Ausprägung durchgesetzt. Danach muss Völkerrecht durch einen konstitutiven innerstaatlichen Akt ins Landesrecht übernommen werden, um innerstaatliche Geltung zu erlangen. Für Verträge geschieht dies in der Regel durch ein der parlamentarischen Zustimmung unterstehendes Gesetz, das einen bestimmten völkerrechtlichen Vertrag für innerstaatlich gültig erklärt. Ein solches Gesetz kann einen blossen *Vollzugsbefehl* darstellen, so dass die völkerrechtliche Natur der so ins Landesrecht übernommenen Norm wie erwähnt nicht berührt wird und deren Änderungen unmittelbar auch landesrechtlich beachtlich werden. Ein solches Gesetz kann aber auch einen eigentlichen Transformationsakt darstellen (sogenannte *spezielle Transformation*); diesfalls wird der Vertrag in Landesrecht (in der Regel ein Gesetz) umgewandelt. Auf völkerrechtlicher Ebene eintretende Änderungen des Vertrags bleiben damit landesrechtlich unbeachtlich. Die spezielle Transformation eignet sich deshalb nicht für das in konstanter Entwicklung begriffene internationale Gewohnheitsrecht. Internatio-

²⁶⁶ *ibid.*, S. 258; auch GEORGES SCELLE begründet den Vorrang des Völkerrechts mit seinem „intersozialen“ Charakter: « *Toute norme intersociale prime toute norme interne en contradiction avec elle, la modifie ou l'abroge ipso facto.* » (zitiert in NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 96)

²⁶⁷ TRIEPEL, S. 261-262; SHAW, S. 102

²⁶⁸ ANZILOTTI, S. 43 ff.

²⁶⁹ WALZ, S. 260 ff.

nales Gewohnheitsrecht wird deshalb oft durch eine Verfassungsbestimmung, die ihm insgesamt landesrechtliche Geltung zuerkennt, ins Landesrecht übernommen (sogenannte *generelle Transformation*; vgl. etwa in Deutschland Art. 25 GG, n° 75)²⁷⁰. Eine gemässigte Form des Dualismus wird grundsätzlich etwa von Deutschland (n° 78 *in fine*), dem Vereinigten Königreich (n° 197) und Schweden (n° 302) praktiziert; vgl. die Praxis zu Vollzugsbefehl und spezieller Transformation bei den völkerrechtlichen Verträgen in Deutschland (n° 89-90), dem Vereinigten Königreich (n° 211) und Schweden (n° 309), sowie zur allgemeinen Transformation beim Gewohnheitsrecht und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen Deutschland n° 78; in Schweden fehlt dagegen eine generelle Transformationsbestimmung, s. n° 304, und das Vereinigte Königreich ist diesbezüglich monistisch, s. n° 201.

C. Praktische Bedeutung der Theorien

67. Sie beschränkt sich auf die Frage der landesrechtlichen Geltung des Völkerrechts, ...- Aus internationaler Sicht geht das Völkerrecht dem Landesrecht vor, unabhängig davon, ob ein Staat monistisch oder dualistisch ist. Erfüllt ein Staat seine völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht, so löst dies seine völkerrechtliche Haftung aus²⁷¹. Da eine internationale Zentralgewalt fehlt, ist aber für die Durchsetzung des Völkerrechts die Staatenpraxis ausschlaggebend. Für die innerstaatliche Durchsetzung des Völkerrechts ist dabei erstens die Frage nach der Geltung des Völkerrechts im Landesrecht von Bedeutung, also ob das Völkerrecht, der monistischen Auffassung gemäss, innerstaatlich wie das Landesrecht eine direkte Rechtsquelle darstellt, oder – nach der dualistischen Theorie – erst durch einen konstitutiven landesrechtlichen Akt, wie z.B. ein Vollzugsgesetz des Parlaments, Rechtsqualität erlangt. Wenn Völkerrecht innerstaatlich nicht unmittelbare Geltung geniesst, so bestimmt dasjenige Organ des Staates, das zum Erlass der entsprechenden Vollzugs- oder Transformationsakte zuständig ist, also in der Regel das Parlament, die völkerrechtlichen Normen, die in der Folge anwendbar sein sollen. Wenn das Völkerrecht dagegen unmittelbare Geltung

²⁷⁰ IPSSEN, 3. Aufl., S. 1078-1080

²⁷¹ vgl. Art. 27 WVÜ, wonach eine Vertragspartei sich nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen kann, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen; CIJ, *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, Rec. 1988, S. 34; NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 95 u. 96-97; IPSSEN, 3. Aufl., S. 1081-1082; KIMMINICH/HOBE, S. 217. – In Schweden ist die Meinung verbreitet, dass ein dualistisches System den Staat von der Pflicht zur Respektierung des Völkerrechts befreit, s. n° 302

geniesst, verschiebt sich das Gewicht auf Exekutive und Judikative, die diesfalls völkerrechtliche Normen ebenso wie das Landesrecht in eigener Kompetenz in Betracht ziehen können. Diese haben dann selbständig festzustellen, ob eine gewohnheitsrechtliche Norm tatsächlich existiert oder ob ein Vertrag landesrechtliche Geltung hat. Damit haben sie eine gewichtigere Rolle bei der Bestimmung des Völkergewohnheitsrechts oder der Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrags, als wenn sie sich nur auf das Gewohnheitsrecht oder die Abkommen stützen können, welche vom Parlament anerkannt bzw. in ein Gesetz umgegossen worden sind²⁷². Die Frage der Geltung ist also letztlich eine Frage der Gewaltenteilung.

Bei den hier untersuchten Staaten zeigt es sich, dass auch in den dualistischen Staaten das Gewohnheitsrecht im Ergebnis oftmals unmittelbare Geltung hat, und sei es auch dank eines „Generaltransformators“ (vgl. Deutschland, n° 78; das Vereinigte Königreich, n° 201; und Schweden, n° 305), während auch in monistischen Staaten die völkerrechtlichen Verträge für die Einzelnen keine landesrechtliche Wirkung entfalten, wenn sie nicht nach den landesrechtlichen Vorschriften publiziert worden sind (s. Frankreich, n° 157, und die Schweiz, n° 393).

68. ... *entscheidend ist aber weiter dessen Anwendbarkeit* ...- Entscheidend ist zweitens, wie die Anwendung des Völkerrechts gehandhabt wird: Unabhängig davon, ob Völkerrecht automatisch oder erst auf Grund eines konstitutiven Rechtsakts gelten soll, ist bei Völkerrecht, das innerstaatlichen Personen Rechte und Pflichten auferlegt, dabei von Bedeutung, ob die Staatsorgane völkerrechtliche Normen grosszügig oder nur mit Zurückhaltung als direkt anwendbar (justiziabel, *self-executing*) betrachten²⁷³. Als direkt anwendbar gelten Normen, aus welchen juristische oder natürliche Personen direkt, ohne sich auf konkretisierende Ausführungsbestimmungen stützen zu müssen, Rechte und Pflichten ableiten und vor den Behörden und Gerichten einklagen können. Als nicht direkt anwendbar (nicht justiziabel, *non-self-executing* oder *executory*) gelten dagegen Normen, die sich nicht an die einzelnen Personen, sondern an den Staat wenden: Es handelt sich um programmatische Bestimmungen, die zuerst durch einen innerstaatlichen Akt konkretisiert werden müssen, bevor sie von den rechtsanwendenden Behörden angewendet werden können und jede Einzelperson sie gerichtlich geltend machen kann. Direkt anwendbare Normen richten sich also grundsätzlich an die

²⁷² vgl. CONFORTI, S. 286; BUCHS, S. 28-30 u. 35-36; COMBACAU/SUR, S. 171; SIMONETTA STIRLING-ZANDA, *L'application judiciaire du droit international coutumier. Etude comparée de la pratique européenne*, Zürich 2000, S. 110-112

²⁷³ vgl. CHRISTIAN DOMINICE, *L'individu, la coutume internationale et le juge international*, in: Christian Dominicé, *L'ordre juridique international entre tradition et innovation. Recueil d'études*, Paris 1997, S. 94-96, 97; auch in: Mélanges Robert Pelloux, Lyon 1980, S. 193-209; YVO HANGARTNER, *Völkerrecht und schweizerisches Landesrecht*, in: Walter R. Schluep (Hrsg.), *Recht Staat und Politik am Ende des zweiten Jahrtausends. Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller*, Bern 1993, S. 656-657; WÜGER, S. 97-99

Exekutive und die Judikative, nicht direkt anwendbare Normen dagegen an die Legislative. Man sieht: Auch die Frage der Anwendbarkeit ist eine Frage der Gewaltenteilung. Wird in einem Staat die direkte Anwendbarkeit völkerrechtlicher Normen nur mit Zurückhaltung akzeptiert, so ist das Völkerrecht in grösserem Ausmass der Kontrolle durch die gesetzgebende Gewalt unterworfen, welche seine Anwendung steuern, ja sogar verhindern kann, wenn sie es unterlässt, einen die internationale Norm konkretisierenden Erlass zu verabschieden²⁷⁴. Wird die direkte Anwendbarkeit dagegen grosszügig gehandhabt, so gelangt das Völkerrecht öfter ohne diese Mediation zur Anwendung, womit seine Stellung – und damit auch die der Gerichte und, in Bezug auf Regierungsabkommen, der Regierung – grundsätzlich gewichtiger ist.

Zur Staatenpraxis vgl. *infra*, Deutschland, n° 79, 91, 103; Frankreich, n° 151, 158, 170; Vereinigtes Königreich, n° 207, 214, 222; Vereinigte Staaten von Amerika, n° 249, 261-263; Schweden, n° 305, 310 325; und die Schweiz, n° 358-359, 392-402. GABY BUCHS kam in ihrer Untersuchung zum Schluss, dass die Schweiz verglichen mit Deutschland, Österreich und den Vereinigten Staaten von Amerika die direkte Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen am grosszügigsten bejahe²⁷⁵.

69. ... und Rang; ...- Wenn auch die direkte Anwendbarkeit zugestanden wird, ist für die Durchsetzung des Völkerrechts schliesslich entscheidend, welchen Rang es im innerstaatlichen Normengefüge einnimmt: Die einzelne Person, welche völkerrechtliche Rechte oder Pflichten einklagt, ist in der Regel darauf angewiesen, dass die Staatsorgane das Völkerrecht mit Vorrang vor dem Landesrecht anwenden, denn es kommt nur selten vor, dass ihre Klage einen internationalen Charakter gewinnt, indem der Heimatstaat ihr diplomatischen Schutz gewährt, oder – noch seltener – indem ein Drittstaat oder eine internationale Organisation die Beachtung der völkerrechtlichen Verpflichtungen einfordert (vgl. n° 30 *in fine*). Die Verfahren zur Durchsetzung der EMRK und des Gemeinschaftsrechts, die Personen ohne völkerrechtliche Persönlichkeit Aktivlegitimation gewähren, stellen eine Ausnahme dar. Auch die Rangfrage betrifft damit die Kompetenzteilung zwischen der Judikative und der Legislative, bzw., im Falle von Regierungsabkommen, der Exekutive: Auch sie ist letztlich eine Frage der Gewaltenteilung.

Der Rang des Völkerrechts wird im Landesrecht oft von der Verfassung festgelegt. Wie wir sehen werden, bestimmt Art. 25 des deutschen Grundgesetzes, dass die allgemeinen Regeln des Völkerrechts den Gesetzen vorgehen (n° 75), und völkerrechtliche Verträge geniessen gemäss Art. 55 der französischen Verfassung Vorrang vor den Gesetzen (n° 155) oder sind gemäss der amerikanischen Verfassung gleichrangig mit diesen (n° 257). In dualistischen Staaten bestimmt dabei der Transformationsakt den

²⁷⁴ vgl. BUCHS, S. 33-39; COMBACAU/SUR, S. 171; PERRIN, S. 833

²⁷⁵ BUCHS, S. 111

Rang des Völkerrechts. So hat in Deutschland (n° 92), im Vereinigten Königreich (n° 215) und in Schweden (n° 312) ein Vertrag, der durch ein Zustimmungsgesetz transformiert wird, Gesetzesrang. Die Verfassung anderer Staaten, wie etwa der Schweiz, lässt die Frage des Ranges offen, so dass die Entscheidungskompetenz beim Gericht liegt (n° 403-404).

Allgemein kann schliesslich folgendes zum Rang des Völkerrechts festgehalten werden: Wenn eine internationale und eine nationale Norm in Konflikt treten, geht die nach Landesrecht höherrangige Norm vor; in Deutschland (n° 97) und Frankreich (n° 156) kann ein Konflikt eines völkerrechtlichen Vertrags mit der Verfassung durch die präventive Überprüfung der Verfassungsmässigkeit des Vertrags verhindert werden. Bei Gleichrangigkeit geht die speziellere oder die spätere Norm vor. Meist sind die Staaten jedoch bemüht, solche Konflikte durch eine völkerrechtskonforme Auslegung zu verhindern. Dadurch geht vom Völkerrecht ein erheblicher Einfluss auf das Landesrecht aus. Wenn die Legislative aber gewollt gegen Völkerrecht verstösst, bleibt kein Raum für eine völkerrechtskonforme Auslegung. Das Gesetz geniesst dann grundsätzlich Vorrang vor dem (nicht zwingenden) Völkerrecht (z.B. Deutschland, n° 93; Vereinigtes Königreich, n° 210, 216, USA, n° 253, 268; Schweden, n° 307, 312). Diese Lösung hat auch die Schweiz gewählt, welche grundsätzlich den Vorrang des Völkerrechts anerkennt; allerdings hat das Bundesgericht die Möglichkeit einer Praxisänderung angedeutet, s. n° 361-362, n° 421. Sie kann mit der oftmals grösseren demokratischen Legitimation, also – dogmatisch gesprochen – dem stärkeren Geltungsgrund des Landesrechts gerechtfertigt werden, da Völkerrecht, insbesondere Verträge, weitgehend Exekutivrecht ist (vgl. n° 61). Die Staatenpraxis behandelt das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht nicht dogmatisch, sondern wägt pragmatisch die auf dem Spiele stehenden Werte und Interessen ab ²⁷⁶.

70. ... die Theorien beleuchten somit einzig einen Aspekt der Gewaltenteilung. Zusammengefasst ist also die Frage nach der Geltung des Völkerrechts, die von der monistischen und der dualistischen Lehre verschieden beantwortet wird, von beschränkter praktischer Auswirkung: Sie stellt nur die erste Hürde dar, die das Völkerrecht auf seinem Weg zur innerstaatlichen Durchsetzung zu überwinden hat. Danach muss es noch als zweite Hürde die Anwendbarkeit nehmen und als dritte die Rangfrage. Die Staatenpraxis zu Anwendbarkeit und Rang ist aber unabhängig davon, ob ein Staat monistisch oder dualistisch ist. Alle drei Hürden begrenzen letztlich auch die Staatsgewalten. Wie diese Hürden gesetzt werden können und was für Konsequenzen sich daraus für die Gewaltenteilung ergeben, soll nachfolgend am Beispiel einiger ausgewählter Staaten dargestellt werden.

²⁷⁶ vgl. auch WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 222-226

III. Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung am Beispiel einiger Staaten

71. Ziel und Gliederung dieses Kapitels.- Wie wirken sich nun die im Zuge der Globalisierung immer gewichtiger werdenden, immer mehr auch innerstaatliche Verhältnisse regelnden, aber zwischenstaatlich entstehenden internationalen Normen auf die Organisation des einzelnen Staates aus, die ja immer noch nach seiner eigenen Verfassung geregelt ist?

Die Antwort liegt, jedenfalls in groben Zügen, auf der Hand: Da die Staaten Völkerrecht grundsätzlich auch innerstaatlich beachten, gewinnen die Organe, die an dessen Entstehung mitwirken – also vor allem die Exekutive des Staates –, mit steigendem Gewicht des Völkerrechts an Macht im Staat²⁷⁷. Zur genaueren Beantwortung dieser Frage ist jedoch zunächst zu untersuchen, was die zwischenstaatlich entstandenen völkerrechtlichen Normen denn innerstaatlich eigentlich genau auszurichten vermögen – bekanntlich ist die Judikative bisweilen an die Gesetze der Legislative gebunden. Darauf ist abzuklären, welche innerstaatlichen Organe denn zur Schaffung und zur innerstaatlichen Durchsetzung der völkerrechtlichen Normen zuständig sind – möglicherweise sind die Legislative und die Gliedstaaten ja angemessen an der Normenproduktion beteiligt. Erst danach kann ein nuancierteres Bild des Einflusses des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung gegeben werden.

Um die uns besonders interessierenden schweizerischen Verhältnisse (n° 337-509) besser zu verstehen, und – falls nötig – Auslegungshilfen oder Anregungen für Reformideen zu erhalten, soll nachfolgend zunächst die Praxis Deutschlands (n° 72 ff.), Frankreichs (n° 146 ff.), des Vereinigten Königreichs (n° 196 ff.), der Vereinigten Staaten von Amerika (n° 239 ff.) und Schwedens (n° 301 ff.) dargestellt werden.

²⁷⁷ vgl. z.B. WALTER, S. 968-971

A. Deutschland

72. *Internationale Offenheit und gewichtige Stellung des Bundesverfassungsgerichts.*- Die deutsche verfassungsgebende Gewalt von 1949 war tief geprägt von den Schrecken, die während der zwölfjährigen Herrschaft der Nationalsozialisten begangen worden waren. Sie wollte die Wiederholung einer ähnlichen fatalen Entwicklung durch die Einbindung Deutschlands in die internationale Gemeinschaft verhindern²⁷⁸. Aus der gleichen Erfahrung heraus sorgte sie für einen vollständigen Grundrechtsschutz mit dem Bundesverfassungsgericht als Hüter der Verfassung. Die grundlegenden Verfassungsbestimmungen (Grundrechte, Demokratie, Rechtsstaatlichkeit) bleiben stets oberster Massstab und dürfen auch vom Gemeinschaftsrecht nicht überspielt werden (s. n° 106). Diese zwei Elemente – die internationale Offenheit sowie die gewichtige Stellung des Bundesverfassungsgerichts und des Grundgesetzes – sind charakteristisch für Deutschland; man hat denn auch schon vom Verfassungspatriotismus der Deutschen gesprochen. Der dualistisch geprägte Umgang mit dem Völkerrecht sorgte dabei dafür, dass die innerstaatlich zuständigen Organe auch bei Entscheidungen, die auf internationaler Ebene fallen, ihren innerstaatlichen Kompetenzen entsprechend eingebunden werden (n° 110-134); die europäische Integration führte dennoch zu einer Stärkung der Bundesregierung (n° 145).

1. Die innerstaatliche Stellung des Völkerrechts

73. *Die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes; Dualismus.*- Der Wille zur internationalen Einbindung Deutschlands kommt besonders in der Präambel und in den Artikeln 23-26 des Grundgesetzes zum Ausdruck²⁷⁹: Indem die allgemeinen Regeln des Völkerrechts unmittelbar anwendbar sind (Art. 25 GG; n° 78) und der Angriffskrieg geächtet wird (Art. 26 GG), ist das Verfassungsrecht Deutschlands in die Friedensordnung der Völkergemeinschaft eingebunden. Dabei sollen die Staatsorgane aktiv an einer friedlichen Gestaltung der Welt mitwirken, wozu in Art. 23 Abs. 1 und Art. 24 Abs. 1, 1a und 2 GG Souveränitätsbeschränkungen gutgeheissen werden und Art. 24 Abs. 3 GG sogar zum Beitritt zu einem internationalen Streitschlichtungsmechanismus

²⁷⁸ TOMUSCHAT, S. 484

²⁷⁹ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, vom 23. Mai 1949; BGBl. 1949 I 1; abrufbar unter www.bundestag.de/gesetze/gg/gg_03_01.pdf; s. z.B. auch die mit einer Einführung versehene Textausgabe von DÜRIG

verpflichtet²⁸⁰. Vereinigungen, die sich gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten, sind dagegen verboten (Art. 9 Abs. 2 GG). In der Präambel – „das Deutsche Volk“ sei „von dem Willen beseelt, *als gleichwertiges Glied* in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen“ – klingt an, dass es der deutschen verfassungsgebenden Gewalt bei der Integration in die Staatengemeinschaft neben dem Schutz vor einem Rückfall in Diktatur und Verbrechen (n° 72) auch darum ging, das Ansehen Deutschlands bei dieser wiederherzustellen. Die verfassungsgebende Gewalt wollte daher die innerstaatliche Beachtung des Völkerrechts besonders wirksam sicherstellen, so dass sie die Regeln des allgemeinen Völkerrechts als für die gesetzgebende Gewalt verbindlich erklärte (*infra*, n° 75)²⁸¹. Die völkerrechtsfreundliche Haltung des Grundgesetzes ist unverkennbar²⁸². Die Völkerrechtsfreundlichkeit kann als ein Verfassungsgrundsatz angesehen werden²⁸³. Die deutsche Praxis und Lehre ist dabei dualistisch geprägt, wie wir nachfolgend sehen werden (n° 78, 89; nicht aber in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, n° 102).

a) Allgemeine Regeln des Völkerrechts

74. Die geschichtliche Grundlage: Art. 4 der Weimarer Verfassung.– Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. April 1871²⁸⁴ regelte die Geltung des allgemeinen Völkerrechts noch nicht ausdrücklich. Die darauf folgende Weimarer Verfassung vom 11. August 1919²⁸⁵ war dann die erste europäische Verfassung, welche die Beachtung des allgemeinen Völkerrechts vorschrieb²⁸⁶. Deren Art. 4 lautete:

Die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts gelten als bindender Bestandteil des deutschen Reichsrechts.

Diese Bestimmung ist viel offener gegenüber dem Völkerrecht als die meisten Verfassungen der Zeit²⁸⁷. Sie hatte den angelsächsischen Grundsatz „*international law is part of the law of the land*“ zum Vorbild (s. n° 199); die Niederlage Deutschlands im 1. Weltkrieg und die Vorwürfe von Völkerrechtsverletzungen, denen es sich ausgesetzt

²⁸⁰ TOMUSCHAT, S. 485

²⁸¹ GEIGER, S. 163; vgl. CASSESE, S. 391

²⁸² BVerfGE 6, 309, 362; 18, 112, 121; 31, 58, 75; 58, 1, 41; 63, 343, 379

²⁸³ BADURA, S. 327

²⁸⁴ RGBl. 1871, S. 63

²⁸⁵ RGBl. 1919, S. 1383

²⁸⁶ WILDHABER/BREITENMOSER, S. 179

²⁸⁷ vergleichbare Bestimmungen kannten die Verfassungen der ebenfalls im 1. Weltkrieg unterlegenen Staaten Österreich, Spanien und Estland; vgl. RUDOLF, *Völkerrecht*, S. 241

sah, hatten ihre Entstehung beeinflusst²⁸⁸. Nach Lehre und Rechtsprechung galt allerdings eine völkerrechtliche Regel nur dann als allgemein anerkannt, wenn sie auch vom Deutschen Reich ausdrücklich oder konkludent anerkannt worden war²⁸⁹. Diese Anerkennung konnte zurückgenommen werden, insbesondere durch ein kollidierendes Reichsgesetz; denn die allgemeinen Regeln hatten, so sie denn anerkannt waren, einen tieferen Rang als Gesetz und, *a fortiori*, Verfassung²⁹⁰. Da unmittelbare Rechte oder Pflichten einzelner Personen begründende internationale Normen zudem stets eine spezielle Transformation voraussetzten, konnte Art. 4 der Weimarer Verfassung auf dem Wege einer völkerrechtsfeindlichen Auslegung unwirksam gemacht werden. Seine Bedeutung war vorwiegend eine ideologische²⁹¹. Während der nationalsozialistischen Herrschaft dann galt Art. 4 als Transformator, der das Völkerrecht in innerdeutsches Recht umwandle, soweit und solange es von Deutschland anerkannt sei²⁹².

75. *Der heutige Text: Art. 25 GG.*- In Reaktion auf die nationalsozialistische Periode ist der jetzt geltende Art. 25 GG, verglichen mit Art. 4 der Weimarer Reichsverfassung, ein ungleich stärkeres Bekenntnis zur innerstaatlichen Geltung des Völkerrechts. Er lautet:

Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes.

Art. 25 GG bedient sich nicht der Terminologie der Völkerrechtslehre. Die „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ des Art. 25 GG umfassen das Gewohnheitsrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze²⁹³. Völkervertragsrecht ist dagegen Gegenstand von Art. 59 Abs. 2 GG, der ein besonderes Mitwirkungsverfahren vorsieht (n° 88). Enthält aber ein Vertrag gewohnheitsrechtliche Regeln, werden diese von Art. 25 GG erfasst²⁹⁴. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist eine Regel dann allgemein, „wenn sie von der überwiegenden Mehrzahl der Staaten“²⁹⁵ anerkannt

²⁸⁸ STEINBERGER, S. 526; PAECH/STUBY, S. 413-416; CASSESE, S. 357-359; STREINZ, *Art. 25*, Rz. 2

²⁸⁹ Vgl. z.B. RGSt 67, 130. Der am Verfassungsentwurf massgeblich beteiligte Jurist HUGO PREUSS führte aus: „Dass Regeln des Völkerrechts, die nicht von allen Grossmächten anerkannt sind, nicht allgemein anerkannte Regeln des Völkerrechts sind, darüber ist kein Zweifel“ (zu den Grossmächten gehörte auch das Deutsche Reich); in Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, Bd. 336, Anlagen zu den Stenographischen Berichten, Berlin 1920, S. 32

²⁹⁰ s. z.B. RFHE 24, 69 ff.; STREINZ, *Art. 25*, Rz. 3

²⁹¹ STREINZ, *ibid.*; CASSESE, S. 359

²⁹² STEINBERGER, S. 527

²⁹³ BVerfGE 15, 25, 32 ff.; 16, 27, 33; 23, 288, 317; 31, 145, 177; BVerfGE in NJW 1988, S. 1463; GEIGER, S. 163-164

²⁹⁴ GEIGER, *ibid.*; IPSSEN, S. 1088-1089

²⁹⁵ BVerfGE 15, 25, 34

wird, aber „nicht notwendigerweise auch von der Bundesrepublik Deutschland“²⁹⁶: Art. 25 GG spricht im Gegensatz zu Art. 4 der Weimarer Reichsverfassung von den allgemeinen, nicht den allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts, weil die deutsche Anerkennung nicht mehr Bedingung für die innerstaatliche Geltung der Völkerrechtsnorm ist²⁹⁷.

76. *Fortsetzung. Der Fall der beharrlichen Verweigerung.*- Ein Teil der Lehre hat dieser Auffassung entgegengehalten, dass dies zur absurden Situation führen könnte, dass Deutschland zwar durch beharrliche Rechtsverwahrung auf internationaler Ebene an eine völkerrechtliche Norm nicht gebunden wäre, sie aber kraft Landesrechts innerstaatlich anwenden müsste. Dieser Einwand ist jedoch unbegründet. Es ist ja gerade der Sinn des Art. 25 GG, den Einklang des Landesrechts mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen sicherzustellen. Da der *objecteur persistant* völkerrechtlich nicht an die von ihm abgelehnte Regel gebunden ist (n° 20), erlangt diese auch nicht über Art. 25 GG innerstaatliche Geltung. Umgekehrt bleibt die Bundesrepublik an eine bestimmte Regel gebunden, wenn sie erklären sollte, sie anerkenne deren Gültigkeit nicht mehr an; erst mit dem Hinfallen der völkerrechtlichen Bindung durch *desuetudo* (n° 18) fällt auch das landesrechtliche Anwendungsgebot dahin²⁹⁸. Im Unterschied zur Weimarer Verfassung verbietet es also Art. 25 GG, die innerstaatliche Anwendung bereits bestehender allgemeiner Regeln des Völkerrechts durch Gesetz, Regierungs- oder Verwaltungsakt ohne eine völkerrechtliche Rechtfertigung auszuschliessen²⁹⁹.

77. *Fortsetzung. Partikuläres Völkergewohnheitsrecht.*- Während sich – soweit ersichtlich – die deutschen Gerichte bisher nicht mit dieser Frage auseinanderzusetzen hatten, besteht in der Lehre keine Einigkeit darin, ob das partikuläre Völkergewohnheitsrecht (n° 21) von Art. 25 GG erfasst wird oder nicht. Teilweise besteht die Auffassung, es sei nicht „allgemein“ im Sinne von Art. 25 GG³⁰⁰. Es werde nicht über Art. 25 GG ins Landesrecht inkorporiert, sondern über eine ungeschriebene Norm des Grundgesetzes, ähnlich dem angelsächsischen Prinzip „*international law is part of the law of the land*“ (n° 199). Daher komme ihm auch nicht der in Art. 25 GG angeordnete Anwendungsvorrang zu³⁰¹. Andere Autoren schlagen unter Hinweis auf die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes vor, Art. 25 GG analog auf das

²⁹⁶ BVerfGE 16, 27, 33

²⁹⁷ GEIGER, S. 164-165

²⁹⁸ BVerfGE 46, 342, 389; GEIGER, S. 165

²⁹⁹ STEINBERGER, S. 544

³⁰⁰ RUDOLF, *Anwendung*, S. 439; IPSSEN, S. 1088

³⁰¹ HELMUT QUARITSCH, *Der grundrechtliche Status der Ausländer*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. V, Heidelberg 1992, S. 678

partikuläre Gewohnheitsrecht anzuwenden³⁰². Am überzeugendsten erscheint aber der teleologische Ansatz: Der Sinn von Art. 25 GG sei die Harmonisierung des Landesrechts mit den internationalen Verpflichtungen Deutschlands. Es widerspräche diesem Sinn, ausgerechnet das partikuläre Völkerrecht von seinem Anwendungsbereich und damit dem Anwendungsvorrang auszunehmen, da ja gerade mit diesen Normen besonders enge und dauerhafte völkerrechtliche Verhältnisse Deutschlands geregelt würden³⁰³.

78. Geltung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts. Vollzug oder Adoption.- Nach Art. 25 GG sind die allgemeinen Regeln des Völkerrechts „Bestandteil des Bundesrechts“. Für die dualistische Lehre bedeutet dies, dass das allgemeine Völkerrecht transformiert wird in Landesrecht, wobei Art. 25 GG als Generaltransformator wirke³⁰⁴. Nach monistischer Auffassung dagegen hat Art. 25 GG nur deklaratorische Wirkung; Bundesrecht müsse nicht nur aus staatlich gesetztem Recht bestehen³⁰⁵. Beide Auslegungen sind natürlich möglich, und die Diskussion ist immer noch offen³⁰⁶. Das Bundesverfassungsgericht hat sich im sogenannten Botschaftskonto-Fall gegen die Transformationstheorie ausgesprochen; die allgemeine Regel des Völkerrechts sei „*kraft Art. 25 S. 1 GG als solche mit ihrer jeweiligen völkerrechtlichen Tragweite Bestandteil des objektiven, im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland geltenden Rechts*“³⁰⁷. Das Ziel von Art. 25 GG, den Gleichlauf von internationaler und staatsinterner Rechtsordnung sicherzustellen, wird mit der Übernahme des Völkerrechts in Landesrecht ohne Transformation einfacher sichergestellt, das heisst mittels Adoption oder, vom dualistischen Standpunkt aus, durch Vollzug (n° 66)³⁰⁸.

79. Anwendung.- Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohnerinnen und Bewohner des Bundesgebietes (Art. 25 S. 2 GG). Sofern sie genügend bestimmt sind, d.h. keiner Ausführungsvorschriften bedürfen, sind sie direkt anwendbar³⁰⁹. Einzelne Personen können also direkt von der völkerrechtlichen Norm Rechte und Pflichten ableiten, und Behörden und

³⁰² ZULEEG, S. 197

³⁰³ STEINBERGER, S. 541-542; ebenso TOMUSCHAT, S. 490-491; STREINZ, *Art. 25*, Rz. 26, m. w. Hinw.

³⁰⁴ BADURA, S. 329; GEIGER, S. 165-166

³⁰⁵ so etwa GEIGER, *ibid.*, S. 166

³⁰⁶ STEINBERGER, S. 547-548; IPSSEN, S. 1087; ZULEEG, S. 193; STREINZ, *Art. 25*, Rz. 11 u. 18-21; KIMMINICH/HOBE, S. 220

³⁰⁷ BVerfGE 46, 342, 403; s. auch BVerfGE 6, 309, 363 und 23, 288, 316

³⁰⁸ STEINBERGER, S. 548; GEIGER, S. 166

³⁰⁹ IPSSEN, S. 1090-1091; TOMUSCHAT, S. 491-493

Gerichte müssen sie im Einzelfall anwenden³¹⁰. Die deutschen Gerichte und die anderen rechtsanwendenden Organe haben zudem alle allgemeinen Regeln des Völkerrechts unabhängig davon, ob sich Rechtsfolgen für den konkreten Einzelfall ergeben, oder ob sich die Norm an den Staat richtet, zu beachten³¹¹. So hat das Bundesverfassungsgericht den Grundsatz der souveränen Gleichheit³¹², das Interventionsverbot³¹³ und das Selbstbestimmungsrecht der Völker³¹⁴ berücksichtigt, auf den völkerrechtlichen Status Deutschlands³¹⁵ oder der EG³¹⁶ abgestellt und geprüft, ob die Aufstellung von Atomwaffen mit dem völkerrechtlichen Gewaltverbot vereinbar sei³¹⁷.

80. Rang der allgemeinen Regeln des Völkerrechts. Sie gehen den Gesetzen vor.- Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze geniessen gemäss Art. 25 GG Vorrang vor den Gesetzen; doch welchen Rang nehmen sie gegenüber dem Grundgesetz ein? Dazu sind verschiedene Meinungen vertreten worden: Überverfassungsrang; Überverfassungsrang mit Vorbehalt der elementaren Verfassungsgrundsätze und -entscheidungen oder naturrechtlicher Verfassungsnormen; Verfassungsrang; Verfassungsrang unter dem Vorbehalt des nach Art. 79 Abs. 3 GG nicht abänderbaren Verfassungsrechts; und schliesslich Rang zwischen dem Grundgesetz und den einfachen Gesetzen³¹⁸.

81. Fortsetzung. Historische Interpretation: Überverfassungsrang.- Die Entstehungsgeschichte von Art. 25 GG spricht dafür, den allgemeinen Regeln des Völkerrechts Vorrang vor dem gesamten Landesrecht einzuräumen³¹⁹. Der Vorschlag, in Art. 25 GG eine Rangvorschrift einzufügen, war nämlich vom Sprecher der Antragsteller, dem späterem Aussenminister VON BRENTANO, damit begründet worden, dass nach der bisherigen Fassung durch Änderung des Grundgesetzes auch Völkerrecht abgeändert werden könne. Durch die Fassung des Antrages werde dies unmöglich gemacht: „Das

³¹⁰ ZULEEG, S. 201-202

³¹¹ STEINBERGER, S. 549; STREINZ, *Art. 25*, Rz. 40, 42-45

³¹² BVerfGE 46, 342, 402

³¹³ *ibid.*, 400

³¹⁴ BVerfGE 77, 137, 161

³¹⁵ BVerfGE 84, 133, 147

³¹⁶ BVerfGE 75, 223, 242

³¹⁷ BVerfGE 66, 39, 64; für weitere Hinweise auf die deutsche Gerichtspraxis zu staats- und individualgerichteten Regeln s. STREINZ, *Art. 25*, Rz. 51-84

³¹⁸ Bericht KARL BARTSCHS zuhanden der ersten Studienkommission der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, BDGV 6, 1964, S. 61; GEIGER, S. 168

³¹⁹ IPSSEN, S. 1091-1092; GEIGER, *ibid.*; STREINZ, *Art. 25*, Rz. 6

Völkerrecht geht unter allen Umständen dem Bundesrecht und auch dem Verfassungsrecht vor.“ ³²⁰

82. *Fortsetzung. Einwendungen.*- Gegen einen Überverfassungsrang sind jedoch von der deutschen Lehre mehrere Einwendungen erhoben worden ³²¹. Es wird geltend gemacht, dass der Rang einer Norm nicht höher sein könne als derjenige des Urhebers der Norm; eine von der verfassungsgebenden Gewalt erlassene Regel könne somit höchstens Verfassungsrang haben. Dem ist entgegenzuhalten, dass allgemeines Völkerrecht nicht von der verfassungsgebenden Gewalt geschaffen wird und daher durchaus Überverfassungsrang haben kann. Andere nehmen Bezug auf den Wortlaut des Art. 25 GG, wonach die allgemeinen Regeln des Völkerrechts „den Gesetzen“ vorgehen – ihnen wird entgegnet, dass die „Gesetze“ auch das Grundgesetz umfassten – oder führen aus, dass die von Art. 25 GG ins Landesrecht einbezogenen Völkerrechtsnormen nicht einmal unabänderbares Verfassungsrecht darstellten, da sie von Art. 79 Abs. 3 GG nicht erfasst würden; doch ist dies ja gar nicht nötig, wenn man von einem Überverfassungsrang ausgeht. Gegen einen Überverfassungsrang spreche zudem, dass das Grundgesetz – insbesondere Art. 100 Abs. 2 GG – keine Kontrolle des Verfassungsrechts auf seine Völkerrechtskonformität vorsehe; doch eine fehlende Kontrolle steht einem Vorrang ja nicht entgegen.

Neben diesen eher formalen Einwendungen treten materielle Bedenken der Lehre, die gegen einen Verfassungsvorrang der allgemeinen Regeln des Völkerrechts sprechen: Ginge das allgemeine Völkerrecht der Verfassung vor, würde eine Änderung von Regeln des allgemeinen Völkerrechts zu einer stillschweigenden Verfassungsänderung führen; nach einem allgemeinen Grundsatz müssten aber Verfassungsänderungen sichtbar gemacht werden. Auch bestimme Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG, dass das Grundgesetz nur durch ein Gesetz geändert werden könne, das den Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich ändere oder ergänze. Schliesslich wird darauf hingewiesen, dass viele Staaten nicht die im Grundgesetz festgehaltenen Überzeugungen teilten; es seien somit allgemeine Regeln denkbar, die Verfassungsgrundsätzen zuwiderliefen, was gegen einen Überverfassungsrang spreche.

83. *Fortsetzung. Verfassungsrang?*- Die deutsche Lehre lehnt auch einen Verfassungsrang der allgemeinen Regeln überwiegend ab ³²². Denn hätten die allgemeinen Regeln des Völkerrechts Verfassungsrang, so ginge eine jüngere Völkerrechtsregel einer äl-

³²⁰ Hauptausschuss des Herrenchiemsee-Konvents, Stenographische Berichte, S. 750; JöR Bd. 1 1951, S. 232-234

³²¹ s. ZULEEG, S. 198; IPSSEN, S. 1092; STEINBERGER, S. 555-556; TOMUSCHAT, S. 491; GEIGER, S. 168; STREINZ, Art. 25, Rz. 86-87

³²² vgl. IPSSEN, S. 1092-1093, ZULEEG, *ibid.*, jeweils m. w. Hinw.; STEINBERGER, S. 556-557; STREINZ, *ibid.*, Rz. 90

teren Verfassungsregel gemäss dem Lex-posterior-Grundsatz vor. Eine neu entstehende völkerrechtliche Regel könnte Grundwerte der Verfassung überspielen. Zudem wäre wiederum Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG verletzt, der eine ausdrückliche Modifikation des Grundgesetzes verlangt. Ausserdem hätte ein Verfassungsrang der allgemeinen Regeln des Völkerrechts zur Folge, dass das Parlament auf dieser Grundlage Sachverhalte regeln könnte, für die ihm das Grundgesetz keine Kompetenz erteile; dadurch könnte der Grundrechtsschutz ausgehöhlt werden.

84. Fortsetzung. Ein Rang zwischen der Verfassung und den einfachen Bundesgesetzen.- Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht gehen die allgemeinen Regeln des Völkerrechts nur dem einfachen Bundesrecht vor, d.h. nur den einfachen Bundesgesetzen, nicht aber den verfassungsändernden ³²³. Die Lehre ist mehrheitlich der Auffassung, dass dies genüge. Der Zweck von Art. 25 GG sei es, völkerrechtswidrige Gesetze zu verhindern, nicht aber, die ganze Verfassung in Frage zu stellen. Es gelte zu verhindern, dass Verfassungsnormen stillschweigend durch zukünftiges internationales Recht ungewissen Inhalts unanwendbar würden ³²⁴. Diese tiefe Skepsis davor, die Bestimmung über das Schicksal von als gut befundenen Normen aus den Händen der verfassungsgebenden Gewalt zu geben, geht wohl auf die während der Diktatur der Nationalsozialisten gemachten Erfahrungen zurück. Im Übrigen hat die Rangfrage gegenüber dem Grundgesetz bisher nie praktische Bedeutung erlangt ³²⁵.

85. Rechtliche Wirkung: Anwendungsvorrang.- Verstossen Bundesgesetze (oder rangtiefere Normen) gegen Völkergewohnheitsrecht oder allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts, so sind sie nicht nichtig, sondern unanwendbar. Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts geniessen also einen Anwendungsvorrang im konkreten Einzelfall, lassen aber die Geltung des Landesrechts unberührt ³²⁶. Das allgemeine Völkerrecht selbst enthält keine Bestimmung, dass ihm widersprechendes Landesrecht nichtig sei (vgl. *supra*, n° 58-59). Eine solche Regel wird also auch nicht durch Art. 25 GG ins deutsche Recht rezipiert ³²⁷. Eine Ausnahme ist jedoch für den Verstoss gegen zwingendes Völkerrecht anzunehmen; das entsprechende Landesrecht wäre nichtig (vgl. n° 57) ³²⁸.

³²³ BVerfGE 37, 271, 279 (das Bundesverfassungsgericht hatte die Rangfrage lange offen gelassen)

³²⁴ IPSEN, S. 1093; GEIGER, S. 168-169; STEINBERGER, S. 552; anderer Meinung (ohne Begründung) BADURA, S. 330, für den das allgemeine Völkerrecht auch den verfassungsändernden Gesetzen vorgeht

³²⁵ STREINZ, *Art. 25*, Rz. 92

³²⁶ BVerfGE 23, 288, 316; 36, 342, 365; 72, 241, 250; ZULEEG, S. 199; STEINBERGER, S. 553; STREINZ, *ibid.*, Rz. 93; KIMMINICH/HOBE, S. 221

³²⁷ STEINBERGER, S. 554

³²⁸ *ibid.*

86. *Die verfassungsgerichtliche Sicherung des Anwendungsvorrangs. a) Normenverifikationsverfahren.*- Gemäss Art. 100 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 83 und 84 BVerfGG muss ein Gericht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einholen, wenn in einem Rechtsstreit zweifelhaft ist, ob eine allgemeine Regel des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts ist oder ob sie unmittelbar Rechte und Pflichten für Einzelne erzeugt ³²⁹. Dies wird damit begründet, dass selbst die Feststellung einfacher Völkerrechtsregeln sehr aufwendig sei, weil die Staatenpraxis, die zur Entstehung von Völkergewohnheitsrecht führe, so umfassend wie möglich untersucht werden müsse. Die Rechtssicherheit verlange zudem eine einheitliche Rechtsprechung, und eine Verletzung allgemeiner Regeln des Völkerrechts durch deutsche Gerichte solle verhindert werden. Schliesslich seien wegen des Vorrangs der allgemeinen Regeln des Völkerrechts vor den Bundesgesetzen die Kompetenzen der Legislative betroffen ³³⁰. Im Rahmen des Vorlageverfahrens ist daher sichergestellt, dass die Bundesorgane, die an der Pflege der auswärtigen Beziehungen beteiligt sind – Bundestag, Bundesrat (und über diesen die Länder) sowie Bundesregierung –, sich zur aufgeworfenen Frage äussern und dem Verfahren in jeder Lage beitreten können (Art. 83 Abs. 2 BVerfGG) ³³¹. Der Entscheid des Bundesverfassungsgerichts ist allgemeinverbindlich, d.h. er bindet die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden, und hat Gesetzeskraft (Art. 31 Abs. 1, 2 in Verbindung mit Art. 13 Abs. 12 BVerfGG) ³³².

87. *Fortsetzung. b) Verfassungsbeschwerde.*- Sichergestellt wird die innerstaatliche Beachtung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts ausserdem durch die Verfassungsbeschwerde ans Bundesverfassungsgericht. Einzelne haben einen Anspruch auf die Beachtung der verfassungsmässigen Ordnung, wozu nach Art. 25 GG auch die Beachtung des allgemeinen Völkerrechts gehört ³³³. Auf einen Verstoß gegen Art. 25 GG kann eine Verfassungsbeschwerde zwar nicht gestützt werden, weil die Einzelnen berechtigende Völkerrechtsnormen keine Grundrechte sind ³³⁴. Doch liegt eine Verletzung der in Art. 2 Abs. 1 GG garantierten Handlungsfreiheit (oder unter Umständen eines speziellen Grundrechts) vor, wenn sich die Grundrechtsbeschränkung auf eine Rechtsnorm stützt, die unanwendbar ist, weil sie gegen eine allgemeine Regel

³²⁹ für den Text des BVerfGG, s. BGBl. 1993 I 1473, abgedruckt auch in DÜRIG, S. 101 ff.; vgl. BVerfGE 23, 288, 318; 46, 342, 362; 64, 1, 14; 75, 1, 11; STEINBERGER, S. 568; KIMMINICH/HOBE, S. 220

³³⁰ STEINBERGER, *ibid.*; GEIGER, S. 169

³³¹ GEIGER, *ibid.*

³³² vgl. STEINBERGER, S. 569

³³³ BVerfGE 23, 288, 300

³³⁴ BVerfGE 4, 110, 111; 6, 389, 440; 18, 441, 451; 23, 288, 300

des Völkerrechts verstösst (n° 85) ³³⁵. Verletzt ein Gericht die Vorlagepflicht (n° 86) in willkürlicher Weise, so kann die beschwerte Partei gegen den Entscheid Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Grundrechts auf das gesetzliche Gericht (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) führen. Die Beschwerde ist dabei nur dann begründet, wenn die allgemeine Regel des Völkerrechts nicht den in der angefochtenen Entscheidung angenommenen Inhalt hat ³³⁶.

b) Völkerrechtliche Verträge

88. Geltung der Verträge: Durch einen Rechtsakt des innerstaatlich zuständigen Organs.- Das Grundgesetz enthält keine generelle Norm, die die Anwendung der völkerrechtlichen Verträge anordnet. Ein solches generelles Anwendungsgebot wird auch nicht von Art. 25 GG in Verbindung mit dem allgemeinen Rechtsgrundsatz *pacta sunt servanda* abgeleitet und den Verträgen damit der gleiche Rang wie den allgemeinen Regeln des Völkerrechts eingeräumt ³³⁷: Dieser Grundsatz besagt nur, dass Verträge eingehalten werden müssen; er lässt offen, wie dies zu geschehen hat. Rechtsprechung und Lehre gehen darin einig, dass die Übernahme völkerrechtlicher Verträge durch Art. 59 Abs. 2 GG geregelt ist, der bestimmt:

Verträge, welche die politischen Beziehungen des Bundes regeln oder sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen, bedürfen der Zustimmung oder der Mitwirkung der jeweils für die Bundesgesetzgebung zuständigen Körperschaften in der Form eines Bundesgesetzes. Für Verwaltungsabkommen gelten die Vorschriften über die Bundesverwaltung entsprechend.

Art. 59 Abs. 2 GG soll sicherstellen, dass die Regierung nicht ohne Mitwirkung des Parlaments in dessen Kompetenzbereich völkerrechtliche Verpflichtungen eingeht. Folgerichtig erhalten die zustimmungsbedürftigen völkerrechtlichen Verträge (s. dazu n° 129) erst mit dem Inkrafttreten des in Art. 59 Abs. 2 GG vorgesehene Zustimmungsgesetzes innerstaatliche Geltung ³³⁸.

³³⁵ Art. 2 Abs. 1 GG bestimmt: „Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz verstösst.“ – BVerfGE 23, 288, 300; 66, 39, 64; BVerfGE *Pakelli*, in EuGRZ 1985, S. 654 u. in ZaöRV 1986, S. 289, m. Anm. von JOCHEN ABR. FROWEIN; TOMUSCHAT, S. 493; GEIGER, S. 170; STREINZ, Art. 25, Rz. 96

³³⁶ BVerfGE 19, 38, 42; 64, 1, 21

³³⁷ vgl. BVerfGE 6, 309, 363; 31, 145, 178; 41, 88, 120; 73, 339, 411; GEIGER, S. 171; IPSSEN, S. 1089, 1093-1094; BERNHARDT, S. 590; PAECH/STUBY, S. 417-420; MAUNZ/ZIPPELIUS, S. 410, BADURA, S. 335; STREINZ, Art. 25, Rz. 30

³³⁸ BVerfGE 1, 372, 390; 36, 1, 13; ZULEEG, S. 239; IPSSEN, S. 1096 u. 1098; GEIGER, S. 172; FROWEIN/HAHN, S. 68

Verwaltungsabkommen sind völkerrechtliche Verträge im Zuständigkeitsbereich des Bundes, die zum innerstaatlichen Vollzug keines Bundesgesetzes bedürfen. Sie erlangen durch einen Rechtsakt der Exekutive landesrechtliche Geltung, dem in den Fällen des Art. 80 Abs. 2 GG der Bundesrat zustimmen muss, nämlich bei Rechtsverordnungen der Bundesregierung oder einer Bundesministerin bzw. eines Bundesministers über Grundsätze und Gebühren für die Benutzung der Einrichtungen der Bundeseisenbahnen und des Post- und Fernmeldewesens, über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen, sowie bei Rechtsverordnungen auf Grund von Bundesgesetzen, die der Zustimmung des Bundesrates bedürfen oder die von den Ländern im Auftrag des Bundes oder als eigene Angelegenheit ausgeführt werden ³³⁹.

Sind internationale Organisationen, bei denen Deutschland Mitglied ist, durch den Gründungsvertrag zu bindenden Beschlüssen ermächtigt, erlangen diese erst durch den Rechtsakt des innerstaatlich zuständigen Staatsorgans landesrechtliche Geltung, wenn sie sich an den Staat richten und eine innerstaatlich Umsetzung erheischen ³⁴⁰. Ist dagegen im Gründungsvertrag die unmittelbare innerstaatliche Geltung solcher Beschlüsse vorgesehen, so handelt es sich um eine Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 23 Abs. 1 oder 24 Abs. 1 GG, wobei das Zustimmungsgesetz die innerstaatliche Rechtsordnung dem supranationalen Rechtsakt öffnet (s. n° 71 u. 101) ³⁴¹.

Auch wenn der Bund Abkommen im ausschliesslichen Zuständigkeitsbereich der Länder abschliesst, ist sichergestellt, dass die Kompetenzen der Länder beachtet werden: Zur innerstaatlichen Wirksamkeit bedarf es eines Aktes der Landesgesetzgebung (n° 117) ³⁴².

89. *Fortsetzung. Vollzug.*- Nach traditioneller Auffassung wird das Völkervertragsrecht durch das Zustimmungsgesetz in Landesrecht transformiert (spezielle Transformation) ³⁴³. Nach neuerer Auffassung erteilt das Zustimmungsgesetz nur einen Rechtsanwendungsbefehl, ohne die völkerrechtliche Natur des Vertrags zu berühren (Vollzugsthese) ³⁴⁴. Da die Vollzugsthese das Risiko von Widersprüchen zwischen Transformationsgesetz und völkerrechtlichem Vertrag ausschliesst, verdient sie den Vorzug vor der Transformationstheorie (vgl. n° 66). Zudem erfahren damit Vertragsnormen die selbe innerstaatliche Behandlung wie die allgemeinen Regeln des Völkerrechts (Art. 25 GG; n° 77) und Gemeinschaftsrecht (Art. 23 u. 24 GG;

³³⁹ IPSEN, S. 1096-1097; GEIGER, S. 177-178

³⁴⁰ GEIGER, S. 179

³⁴¹ GEIGER, *ibid.*

³⁴² VerwRspr. 28, S. 775; GEIGER, S. 179-180

³⁴³ BVerwGE 35, 262, 265

³⁴⁴ BVerfGE 46, 342, 363; BGHZ 52, 216, 219; HELMUT STEINBERGER, *Entwicklungslinien in der neueren Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts*, ZaöRV 1988, S. 14; BERNHARDT, S. 589; GEIGER, S. 172-173; STREINZ, *Art. 59*, Rz. 65; FROWEIN/HAHN, S. 67-68

n° 102)³⁴⁵. Nach wohl herrschender Lehre werden dabei nur direkt anwendbare Normen ins deutsche Recht übertragen (wie in den USA, s. n° 259)³⁴⁶. Die Rechtsprechung und ein Teil der Lehre unterscheiden aber zu Recht Geltung und direkte Anwendbarkeit u.a. mit dem Hinweis, dass die Geltung lediglich – neben der hinreichenden Bestimmtheit der Norm – eine Voraussetzung für die unmittelbare Anwendbarkeit sei und sich das Zustimmungsgesetz auf den Vertrag in seiner Gesamtheit beziehe, nicht nur auf einzelne direkt anwendbare Bestimmungen³⁴⁷.

90. Wortlaut des Zustimmungsgesetzes. – Die Hauptfunktion des Zustimmungsgesetzes ist die Sicherstellung der parlamentarischen Kontrolle über Vertragsabschlüsse (n° 88); weiter führt es den völkerrechtlichen Vertrag ins Landesrecht ein (n° 89); und schliesslich ermächtigt es die Bundespräsidentin bzw. den Bundespräsidenten zur Ratifikation des Vertrages³⁴⁸. Die Bundesregierung als materiell Entscheidungsberechtigte kann aber selber entscheiden, ob und wann die Ratifikation stattfinden soll (n° 126-127); auch könnte der Vertragspartner die Ratifikation verweigern. Kurzum, wenn das Parlament das Zustimmungsgesetz verabschiedet, steht noch nicht fest, ob und wann der Vertrag in Kraft treten wird³⁴⁹. Damit die landes- und die völkerrechtliche Wirksamkeit des Vertrags möglichst übereinstimmen, wird das Zustimmungsgesetz folgendermassen formuliert³⁵⁰:

Art. I. Dem Vertrag (...) wird zugestimmt.

Art. II. (1) Der Vertrag wird nachstehend veröffentlicht.

(2) Der Tag, an dem der Vertrag gemäss seinem Artikel (...) (für die Bundesrepublik Deutschland) in Kraft tritt, ist im Bundesgesetzblatt bekanntzugeben.

91. Anwendung. – Ob sich der Vertrag an den Staat richtet oder ob Einzelne Rechte und Pflichten aus ihm ableiten können, ermitteln die Gerichte meist durch Auslegung der einzelnen Vertragsbestimmung. Dabei untersuchen sie deren Inhalt, Zweck und Fassung, um zu entscheiden, ob sie direkt anwendbar ist oder ob es zu ihrer Umsetzung

³⁴⁵ GEIGER, S. 173-174. – Vgl. TOMUSCHAT, S. 496-497, der darauf hinweist, dass die Anpassung der nationalen Gesetzgebung an den völkerrechtlichen Vertrag der effektivere Weg der Vertragsdurchführung sein kann, da die Gerichte dadurch den Vertrag eher beachten und korrekt anwenden; vgl. hierzu die Stellungnahme in n° 393

³⁴⁶ ZULEEG, S. 239; BERNHARDT, S. 584; weitere Nachweise bei GEIGER, S. 174, und STREINZ, Art. 59, Rz. 66

³⁴⁷ BVerwGE 29, 20, 25; BGHZ 11, 135, 138; 15, 22, 25; 52, 371, 383; GEIGER, S. 174-175; STREINZ, *ibid.*, Rz. 67

³⁴⁸ ZULEEG, S. 239; IPSEN, S. 1098; STREINZ, *ibid.*, Rz. 59-60

³⁴⁹ IPSEN, S. 1099; STREINZ, *ibid.*, Rz. 59; BERNHARDT, S. 577

³⁵⁰ vgl. z.B. Gesetz über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, vom 7. August 1952, BGBl. 1952 II 184-1 (wiedergegeben auch bei DÜRIG, S. 75); ZULEEG, S. 239; IPSEN, S. 1099

noch völker- oder staatsrechtlicher Akte bedarf, etwa Bestimmungen über die Zuständigkeit oder das Verfahren³⁵¹. In Bezug auf den Wortlaut der vertraglichen Normen bewirkt die abstraktere Konzeption der deutschen Gesetze, dass eine unscharfe Formulierung für die Gerichte kein hinreichender Grund für die Verneinung ihrer Justiziabilität ist, sondern sie zu ihrer Konkretisierung schreiten³⁵². Auch die Materialien zur Entstehung der Normen und die (der schweizerischen Botschaft des Bundesrates entsprechende) „Denkschrift“ der Bundesregierung zum Vertrag werden in Betracht gezogen, doch zögern die Richterinnen und Richter – anders als ihre schwedischen Kolleginnen und Kollegen, n° 301 – durchaus nicht, von der Ansicht der Exekutive abzuweichen³⁵³. Im Falle sogenannter politischer Verträge (s. n° 129) kann dabei laut Bundesverfassungsgericht die direkte Anwendbarkeit nur dann angenommen werden, wenn dies der Vertragstext unzweideutig zum Ausdruck bringt³⁵⁴. Manchmal regelt der Vertragstext die Frage der direkten Anwendbarkeit ausdrücklich, indem er die Ausführung von Vertragsvorschriften innerstaatlichen Rechtsakten vorbehält oder bestimmt, dass dritte Personen aus dem Abkommen keine Rechte herleiten können³⁵⁵. Schliesslich kann die direkte Anwendung auch durch einen entsprechenden Vorbehalt der vertragschliessenden Regierung ausgeschlossen sein. Die Bundesregierung hat z.B. bei der Ratifizierung des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes erklärt, dass dieses Abkommen „*ausschliessliche Staatenverpflichtungen*“ begründe, „*die die Bundesrepublik nach näherer Bestimmung ihres mit dem Übereinkommen übereinstimmenden innerstaatlichen Rechts erfüllt*“³⁵⁶. Eine bloss interpretative Erklärung der Regierung dagegen bindet die Gerichte nicht, selbst wenn sie anderen Vertragsparteien notifiziert wurde; sie wird aber einen grossen Einfluss auf die Gerichte ausüben³⁵⁷. Und auch der Bundestag kann im Zustimmungsgesetz mit bindender Wirkung für die anwendenden Organe und die Gerichte bestimmen, ob ein Vertrag direkt anwendbar sein soll oder nicht, was jedoch selten geschieht³⁵⁸. Im

³⁵¹ RGZ 117, 284, 285; 124, 204, 205; BGHZ 11, 135, 138; 52, 371, 383; GEIGER, S. 175

³⁵² BUCHS, S. 71

³⁵³ FROWEIN/HAHN, S. 75-76

³⁵⁴ BVerfGE 40, 141, 164; 43, 203, 209

³⁵⁵ Bsp: Nach Art. 14 Abs. 2 des Gesetzes vom 22. Dezember 1977 (BGBl. 1977 I 3105) zur Ausführung des Haager Beweisaufnahme-Übereinkommens vom 18. März 1970 wird das Rechtshilfeersuchen eines Common-Law-Staates auf Vorlage von Urkunden im Pre-Trial-Discovery-Verfahren nur erledigt, wenn eine Rechtsverordnung die Erledigung näher geregelt hat; Art. 1 Abs. 3 des Abkommens über den gegenseitigen Eisenbahnverkehr zwischen Deutschland, Polen, und Danzig vom 27. März 1926 (in RGZ 124, 204, 205) bestimmt: „*Dritte Personen können aus diesem Abkommen Rechte nicht herleiten.*“ – Vgl. GEIGER, S. 176.

³⁵⁶ Resolution 44/25 der UNO-Generalversammlung vom 20. November 1989; s. BGBl. 1992 II, S. 122 für den deutschen Text u. S. 990 für den Vorbehalt, oder s. Übereinkommen über die Rechte des Kindes, vom 20. November 1989 (SR 0.107)

³⁵⁷ FROWEIN/HAHN, S. 69, m. w. Hinw., u. S. 471

³⁵⁸ *ibid.*, S. 68, m. w. Hinw.

Allgemeinen anerkennen die deutschen Gerichte die Justiziabilität von Vertragsnormen nur mit Zurückhaltung. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „begründen (völkerrechtliche Verträge) in der Regel nur Rechtsbeziehungen im Verhältnis der vertragsschliessenden Parteien. Die Festlegung von Rechtspflichten für einzelne Bürger ist nach allgemeiner Ansicht eine Ausnahme, die bei entsprechend klarem Anhalt im Vertragstext als vereinbart gilt.“³⁵⁹

92. *Rang des Vertrages: Rang des Anwendungsbefehls.*- Nach der Transformationslehre hat der Vertrag den Rang des Transformators; ein transformiertes völkerrechtliches Abkommen mit politischem oder bundesgesetzlichem Inhalt hat also den Rang eines einfachen Bundesgesetzes (Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG). Nach der Vollzugsthese hat das Abkommen den Rang des Anwendungsbefehls; da es sich dabei im Beispiel um einen Gesetzesbeschluss handelt, hat der Vertrag diesfalls ebenfalls den Rang eines einfachen Gesetzes. Die beiden Theorien führen also zum gleichen Ergebnis³⁶⁰. Verwaltungsabkommen des Bundes werden durch einen Akt der Exekutive (Rechtsverordnung, Verwaltungsvorschrift, Verwaltungsakt oder innerdienstliche Anweisung) ins Landesrecht übernommen und haben den selben Rang wie dieser. Abkommen der Länder nehmen den Rang ein, den ihnen das Bundes- und das Länderrecht zuweist³⁶¹.

93. *Völkerrechtsfreundliche Auslegung.*- Der Konflikt zwischen einem völkerrechtlichen Abkommen und einem einfachen Gesetz wird nach dem Grundsatz *lex posterior derogat priori* gelöst; das jüngere Gesetz geht also dem älteren Vertrag vor. Aber dieses Ergebnis wird wenn immer möglich vermieden: Laut Bundesverfassungsgericht sei nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber, sofern er dies nicht klar bekundet habe, von völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland abweichen oder die Verletzung solcher Verpflichtungen ermöglichen wolle³⁶². Der daraus abgeleitete Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung und die Anwendung des Prinzips *lex specialis derogat generali* bewirken, zusammen mit der richterlichen Zurückhaltung in Ermessensfragen und der sogenannten Annäherungstheorie (n° 96), dass das Bundesverfassungsgericht erst in zwei Fällen völkerrechtliche Verträge für verfassungswidrig erklärt hat. Es handelte sich dabei beide Male um Doppelbesteuerungsabkommen mit der Schweiz³⁶³. Verschiedentlich behält der Bundestag in

³⁵⁹ BVerfGE 41, 126, 169, vom 13. Januar 1976; vgl. FROWEIN/HAHN, S. 75

³⁶⁰ IPSEN, S. 1100; BERNHARDT, S. 590

³⁶¹ BADURA, S. 330; IPSEN, S. 1097

³⁶² BVerfGE 58, 1, 34; 74, 358, 370

³⁶³ BVerfGE 30, 272; 72, 200; BERNHARDT, S. 590; STREINZ, Art. 59, Rz. 72; FROWEIN/HAHN, S. 74; vgl. ausführlich HARALD CRONAUER, *Der internationale Vertrag im Spannungsfeld zwischen Verfassung und Völkerrecht*, München 1986, S. 37-62

Gesetzen auch den Vorrang von Verträgen vor, was etwa in der Steuer-, der Ausländer- und Rechtshilfegesetzgebung geschehen ist ³⁶⁴.

94. *Die EMRK. Ihre innerstaatliche Stellung.*- Das oben in Bezug auf die Verträge Ausgeführte gilt auch für die EMRK – im Prinzip. Die EMRK enthält keine Vorschriften über ihre innerstaatliche Umsetzung. In Deutschland hat sie durch das Zustimmungsgesetz vom 7. August 1952 innerstaatliche Geltung erlangt ³⁶⁵. Sie hat somit Gesetzesrang ³⁶⁶. Die meisten ihrer Bestimmungen sind direkt anwendbar. Doch könnten ihnen spätere Gesetze vorgehen; zudem könnte die EMRK nicht Massstab für die Überprüfung von Gesetzen durch das Bundesverfassungsgericht sein ³⁶⁷. Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch in einer grundlegenden Entscheidung vom 26. März 1987 festgehalten ³⁶⁸: „Bei der Auslegung des Grundgesetzes ist auch Inhalt und Entwicklungsstand der EMRK in Betracht zu ziehen, sofern dies nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt, eine Wirkung, die die Konvention indes selbst ausgeschlossen wissen will (Art. 60 EMRK [heute Art. 53 EMRK]). Deshalb dient insoweit auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes.“ Im Ergebnis kann also das Bundesverfassungsgericht die Vereinbarkeit von Gesetzen mit der EMRK überprüfen. Wie BERNHARDT ausführt, ist dies „ein weiteres Beispiel dafür, dass dogmatische Grundsatzfragen von sekundärer Bedeutung sein können, wenn in der Praxis pragmatisch eine Konkordanz zwischen den verschiedenen Normbereichen gesucht und hergestellt wird.“ ³⁶⁹

95. *Fortsetzung. Folgen einer Konventionsverletzung.*- Eine festgestellte konventionswidrige Situation ist *ex nunc* zu beenden ³⁷⁰. Nach dem Bundesverfassungsgericht sind zufolge des Rechtsanwendungsbefehls, den das Zustimmungsgesetz vom 7. August 1952 der Konvention erteilt hat, alle deutschen Gerichte gehalten, gemäss Art. 52 EMRK (vgl. heute Art. 44 Abs. 1 EMRK) die materielle Rechtskraft der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für

³⁶⁴ FROWEIN/HAHN, S. 69, m. Hinw.

³⁶⁵ Gesetz über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, vom 7. August 1952, BGBl. 1952 II 184-1 (wiedergegeben auch bei DÜRIG, S. 75), und Bekanntmachung über das Inkrafttreten für die Bundesrepublik Deutschland am 3. September 1953 vom 15. Dezember 1953, BGBl. 1954 II 14

³⁶⁶ vgl. über Ansätze, der EMRK einen Übergesetzesrang zu verschaffen, WALTER, S. 971-978

³⁶⁷ GEIGER, S. 407; BERNHARDT, S. 590, m. Hinw.

³⁶⁸ BVerfGE 74, 358, 370

³⁶⁹ BERNHARDT, S. 590; vgl. ausführlich NILS STERNBERG, *Der Rang von Menschenrechtsverträgen im deutschen Recht unter besonderer Berücksichtigung von Art. 1 Abs. 2 GG*, Diss. Hamburg, Berlin 1999

³⁷⁰ GEIGER, S. 408

Menschenrechte zu beachten. Grundsätzlich verpflichtete die EMRK zwar nicht dazu, den Urteilen des Gerichtshofs eine die Rechtskraft der Urteile nationaler Gerichte beseitigende Wirkung beizumessen. Eine Ausnahme bestehe aber dann, „wenn die weitere Vollstreckung einer innerstaatlichen Gerichtsentscheidung in Frage steht und der Gerichtshof festgestellt hat, dass die materiellrechtliche Grundlage des Urteils gegen die Konvention verstösst oder auf einem schwerwiegenden, ihre Eigenschaft als ordnungsgemässen Justizakt in Frage stellenden Verfahrensfehler beruht“³⁷¹. In Widerspruch zum Prinzip der Völkerrechtsfreundlichkeit ist für solche Fälle aber weder in der Straf- noch in der Zivilprozessordnung ein Wiederaufnahmegrund vorgesehen, so dass ein konventionswidriges Urteil in Kraft bleibt. Die weitere Vollstreckung einer Strafe muss durch Begnadigung erlassen werden, was einem Freispruch natürlich nicht gleich kommt, während in Zivilsachen eine geldwerte Wiedergutmachung zuzusprechen ist³⁷².

96. Kontrolle der Verfassungsmässigkeit von Vertragsnormen. Verzicht, Politik zu treiben. - Eine der auffälligsten Neuerungen des Grundgesetzes gegenüber der Weimarer Verfassung ist die Einführung einer richterlichen Kontrolle der auswärtigen Gewalt³⁷³. Das Bundesverfassungsgericht kann die Verfassungsmässigkeit in allen Verfahren prüfen: bei einem Organstreit, bei der abstrakten und konkreten Normenkontrolle, im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde³⁷⁴. Da das Bundesverfassungsgericht – im Gegensatz etwa zum *Supreme Court* der USA – Hüter der Verfassung ist, gibt es – im Gegensatz zu Frankreich (n° 158, 185), dem Vereinigten Königreich (n° 217), den USA (n° 269), Schweden (n° 301, 318) und der Schweiz (n° 380-382, 435) – keine *political question* und keinen *acte de gouvernement* resp. *act of state*, den es nicht überprüfte³⁷⁵. Es muss jedoch die aussenpolitischen Kompetenzen der Regierung und des Parlaments beachten. Daher überprüft es politische Wertungen, die einem Entscheid dieser Organe zu Grunde liegen, nur mit äusserster Zurückhaltung. Nur wenn der Widerspruch des Entscheids zum Grundgesetz offensichtlich ist, könnte es allenfalls eine Grundrechtswidrigkeit feststellen³⁷⁶. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Respektierung der

³⁷¹ BVerfG, *Pakelli*, in EuGRZ 1985, S. 656; auch in ZaöRV 1986, S. 294, m. Anm. von JOCHEN ABR. FROWEIN

³⁷² TOMUSCHAT, S. 499; JOCHEN ABR. FROWEIN, *Übernationale Menschenrechtsgewährleistungen und nationale Staatsgewalt*, in: Isensee/Kirchhof, Bd. VII, S. 742-743; VICTOR FISCHER, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte*, JEUROPEAN 7 (Wintersemester 1994/95), S. 12

³⁷³ zum Begriff s. n° 110; GREWE, S. 964

³⁷⁴ BERNHARDT, S. 591; GEIGER, S. 153-156

³⁷⁵ GREWE, S. 965-966 u. 968; GEIGER, S. 148

³⁷⁶ BVerfGE 4, 157, 174 (es ging um die politische Wertung, ob es das Saarabkommen dem Saargebiet erschwere oder nicht, in der Übergangszeit bis zum Friedensschluss der BRD beizutreten; eine Grundgesetzwidrigkeit könnte allenfalls dann festgestellt werden, wenn eine solche Erschwerung

verfassungsmässigen Zuständigkeiten später „*judicial self-restraint*“ genannt und definiert als „Verzicht, ‚Politik zu treiben‘, d.h. in den von der Verfassung geschaffenen und begrenzten Raum freier politischer Gestaltung einzugreifen“³⁷⁷. Um eine „richterliche Selbstbeschränkung“ handelt es sich dabei freilich nur insofern, als es keine Instanz gibt, die über die Einhaltung der im Übrigen grundgesetzlich gegebenen Gewaltenteilung durch das Bundesverfassungsgericht wachen könnte³⁷⁸.

Bei der Kontrolle der Verfassungsmässigkeit wendet das Bundesverfassungsgericht den Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung an (n° 92)³⁷⁹. Schliesslich beachtet es die politischen Realitäten, indem es – der von ihm im sogenannten „Näherdran-Entscheid“ von 1955³⁸⁰ entwickelten Annäherungstheorie gemäss – einen an sich verfassungswidrigen Vertrag dennoch als grundgesetzkonform anerkennt, wenn die vom Vertrag geschaffene Lage der Verfassung näher kommt als die Ausgangslage³⁸¹.

97. *Fortsetzung. Gegenstand und Zeitpunkt der Kontrolle. Rechtsfolgen.*- Gegenstand der Verfassungskontrolle ist das Zustimmungsgesetz, nicht der völkerrechtliche Vertrag³⁸². Im Unterschied zu den übrigen Gesetzen ist die abstrakte Normenkontrolle bei Zustimmungsgesetzen auf Grund der Praxis des Bundesverfassungsgerichts schon vor deren Inkrafttreten zulässig. Damit soll verhindert werden, dass die Exekutive durch Ratifikation des Vertrags vollendete Tatsachen schafft³⁸³.

Erklärt das Bundesverfassungsgericht ein Zustimmungsgesetz vor dessen Inkrafttreten für verfassungswidrig und nichtig, so darf die Regierung den Vertrag nicht ratifizieren³⁸⁴. Erklärt das Bundesverfassungsgericht die Nichtigkeit des Zustimmungsgesetzes nach der Ratifikation des Vertrags, so bleibt dieser völkerrechtlich bindend; innerstaatlich sind die Bundesorgane aber durch den Gerichtsentscheid gebunden (Art. 31 Abs. 1 BVerfGG), so dass Deutschland den Vertrag erst nach einer Verfassungsänderung erfüllen kann³⁸⁵.

98. *Fortsetzung. Die Spezialregelung von Art. 79 Abs. 1 GG.*- Das Grundgesetz kann nur durch ein verfassungsänderndes Gesetz geändert werden, das den Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich ändert oder ergänzt (Gebot der Verfassungsklarheit;

offensichtlich wäre); s. auch BVerfGE 55, 349, 367 f.; 77, 137, 167; GREWE, *ibid.*, S. 967; GEIGER, S. 157; FROWEIN/HAHN, S. 65; BUCHS, S. 94-98

³⁷⁷ BVerfGE 35, 257, 262; 36, 1, 14; 55, 349, 367

³⁷⁸ GREWE, S. 966; STREINZ, *Art. 59*, Rz. 72; GEIGER, S. 157

³⁷⁹ BVerfGE 4, 157, 168

³⁸⁰ *ibid.*

³⁸¹ GREWE, S. 966; FROWEIN/HAHN, S. 74

³⁸² BVerfGE 1, 396, 410; 29, 348, 358; 36, 1, 13

³⁸³ BVerfGE 1, 396, 411; 36, 1, 15; GEIGER, S. 153-155

³⁸⁴ ZULEEG, S. 235

³⁸⁵ *ibid.*, S. 236

Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG). Für völkerrechtliche Verträge, die eine Friedensregelung, den Abbau einer besatzungsrechtlichen Ordnung oder eine Integration in Verteidigungs- und Bündnissysteme zum Gegenstand haben, kann aber das Parlament das Grundgesetz durch die einfache „Klarstellung“ ergänzen, „dass die Bestimmungen des Grundgesetzes dem Abschluss und dem Inkraftsetzen der Verträge nicht entgegenstehen“ (Art. 79 Abs. 1 S. 2 GG)³⁸⁶. Das Grundgesetz kann also in diesen Fällen ausnahmsweise durch eine Generalklausel an die entsprechenden vertraglichen Regelungen angepasst werden. Das Parlament hat von dieser Möglichkeit bislang nur einmal Gebrauch gemacht: beim Abschluss der Verträge über die Europäische Verteidigungsgemeinschaft. Der durch Gesetz vom 26. März 1954 eingefügte Art. 142a GG wurde durch das Gesetz vom 24. Juni 1968 indes wieder aufgehoben, da die Verträge mangels Ratifizierung durch Frankreich nicht in Kraft traten³⁸⁷.

c) Gemeinschaftsrecht

99. *Die besondere Rechtsnatur des Gemeinschaftsrechts.*- Der Gründungsvertrag der Europäischen Gemeinschaft³⁸⁸ weist wie andere Gründungsverträge internationaler Organisationen gewisse Eigenheiten auf (n° 38). Der Europäische Gerichtshof vertritt die Ansicht, dass durch den Vertrag eine Rechtsordnung eigener Art geschaffen worden sei³⁸⁹. Das Bundesverfassungsgericht teilt diese Meinung: Das Gemeinschaftsrecht sei weder Völkerrecht noch staatliches Recht; durch den Vertrag sei eine eigenständige Rechtsordnung geschaffen worden³⁹⁰. Auch die herrschende deutsche Lehre teilt diese Auffassung, da der von den Mitgliedstaaten der EU eingegangene enge Zusammenschluss, der eine Souveränitätsübertragung an die Gemeinschaft bedingte, nicht mehr angemessen mit den üblichen völkerrechtlichen Vertragsregeln erfasst werden könne³⁹¹. – Anderer Ansicht ist man dagegen in Frankreich (n° 170) und in Schweden (n° 325).

100. *Die Übertragung von Hoheitsrechten. Art. 24 Abs. 1 GG als Integrationshebel.*- Die Präambel des Grundgesetzes bekundet den Willen des Deutschen Volkes, in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen. Zur Verwirklichung dieses

³⁸⁶ vgl. *ibid.*, S. 242-243

³⁸⁷ s. BGBl. 1954 I 45 u. 1968 I 709; ZULEEG, S. 243; LÜCKE, Rz. 11

³⁸⁸ Dokumente zur EU sind abrufbar unter europa.eu.int

³⁸⁹ EuGH, *Costa c. ENEL*, Rs. 6/64, Slg. 1964, S. 1251

³⁹⁰ BVerfGE 37, 271, 277 („*Solange I*“)

³⁹¹ IPSSEN, S. 1101; GEIGER, S. 212; SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Rz. 594; vgl. auch die grundsätzlichen Überlegungen von SCHILLING, S. 149-152

Staatsziels kann der Bund durch Gesetz Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen (Art. 24 Abs. 1 GG) ³⁹². Die Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen verändert die Kompetenzteilung, wie sie im Grundgesetz vorgesehen ist; sie bewirkt somit eine materielle Verfassungsänderung. Da dieser Grundentscheid von der verfassungsgebenden Gewalt gefällt worden ist, erfolgt die Übertragung der Hoheitsrechte dennoch durch ein einfaches und nicht durch ein verfassungsänderndes Gesetz, das der Zustimmung des Bundesrates und einer qualifizierten Mehrheit (von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundestages und zwei Dritteln der Stimmen des Bundesrates) bedürfte (Art. 79 Abs. 2) ³⁹³. Art. 24 Abs. 1 wirkt so als „Integrationshebel“, indem er die Öffnung des Landesrechts für Normen zwischenstaatlicher Organisationen durch einfaches Gesetz erlaubt, und diesen Normen den Anwendungsvorrang vor dem Landesrecht einräumt (n° 102 ff.) ³⁹⁴.

Art. 24 Abs. 1 GG geht auf Art. 24 des Herrenchiemseer Entwurfs zurück, der vor allem die Friedenssicherung durch ein System kollektiver Sicherheit beabsichtigte. Im Parlamentarischen Rat wurden weitere Vorschläge für zwischenstaatliche Einrichtungen eingebracht, darunter die Schaffung einer internationalen Behörde zur Organisation des gesamten Kohlebergbaus ³⁹⁵. Während die verteidigungspolitische Integration im Grundgesetz von Art. 24 Abs. 2 erfasst wird, beruht auf Art. 24 Abs. 1 GG die Integration in den Europäischen Gemeinschaften (Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl, gegründet durch Vertrag vom 18. April 1951; Europäische Wirtschaftsgemeinschaft und Europäische Atomgemeinschaft, gegründet durch die Römer Verträge vom 25. März 1957) und deren Fortentwicklung durch die Einheitliche Europäische Akte vom 17./28. Februar 1986. Weitere zwischenstaatliche Einrichtungen nach Art. 24 Abs. 1 GG, an denen Deutschland beteiligt ist, sind z.B. die Europäische Patentorganisation (EPO), die Zentralkommission für die Rheinschifffahrt und die Europäische Kernenergie-Agentur. Gemäss Bundesverfassungsgericht gehört auch die NATO zu den zwischenstaatlichen Einrichtungen, was von der Lehre bestritten wird ³⁹⁶.

101. Fortsetzung. Art. 23 Abs. 1 GG.- Bereits die Einheitliche Europäische Akte legte als Ziel eine Europäischen Union fest. Diese wurde dann mit dem Vertrag von

³⁹² H. P. IPSEN, S. 768; BADURA, 331 u. 344

³⁹³ ZULEEG, S. 168; H. P. IPSEN, S. 770; STREINZ, *Art. 24*, Rz. 4; GEIGER, S. 142; MAUNZ/ZIPPELIUS, S. 417-418

³⁹⁴ H. P. IPSEN, *ibid.*; GEIGER, S. 182

³⁹⁵ ZULEEG, S. 168

³⁹⁶ *ibid.*, S. 168-169; BADURA, S. 330; STREINZ, *Art. 24*, Rz. 30 u. 36; BVerfGE 68, 1, 93 (*Pershing-Entscheidung*); 77, 170, 232 (*C-Waffen-Entscheidung*); 90, 286, 350; TOMUSCHAT, S. 511; MOSLER, S. 634-635

Maastricht vom 7. Februar 1992, der am 1. November 1992 in Kraft trat, gegründet³⁹⁷. Angesichts der erreichten Integrationsdichte erschien Art. 24 Abs. 1 GG, der die Übertragung von Hoheitsrechten auf „zwischenstaatliche Einrichtungen“ gestattet, als ungenügende Rechtsgrundlage. So wurde durch Verfassungsnovelle vom 21. Dezember 1992 der neue Art. 23 ins Grundgesetz eingefügt³⁹⁸. Er kodifiziert die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das den Text des Art. 24 Abs. 1 GG bis dahin fortentwickelt hatte, und räumt den Ländern, dem Bundestag und dem Bundesrat, deren Kompetenzen durch die Integration beeinträchtigt werden, Mitwirkungsrechte ein (s. *infra*, n° 118-119, 131-133)³⁹⁹. Zur Übertragung von Hoheitsrechten auf Organe der EU ist neu die Zustimmung des Bundesrates und die verfassungsändernde Mehrheit notwendig; dies gilt für die Gründung der EU sowie für Änderungen ihrer vertraglichen Grundlagen und vergleichbarer Regelungen, durch die das Grundgesetz seinem Inhalt nach geändert oder ergänzt wird oder solche Änderungen oder Ergänzungen ermöglicht werden (Art. 23 Abs. 1 GG)⁴⁰⁰. Die Mitwirkung in der EU ist zudem nicht mehr nur ein Staatsziel, sondern ein in Art. 23 Abs. 1 GG festgehaltener rechtsverbindlicher Auftrag⁴⁰¹. Als sogenannte Struktursicherungsklausel gebietet Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG schliesslich – in Bestätigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (n° 105-106) – den Organen der Bundesrepublik, auf eine Europäische Union hinzuwirken, „*die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet*“. Integrationsschritte, die diesen Grundsätzen zuwiderlaufen, dürfen von deutschen Organen nicht unterstützt werden⁴⁰².

102. *Geltung. Gemeinschaftsrecht wird adoptiert.*– Nach herrschender deutscher Lehre wird Gemeinschaftsrecht nicht transformiert, noch bedarf es eines Vollzugsbefehls, sondern es erlangt der Adoptionslehre gemäss unmittelbare Geltung im innerstaatlichen Bereich⁴⁰³. Dies mag ein Ausdruck sein für die Besonderheit des Gemeinschaftsrechts (n° 99). Man kann jedoch in Art. 24 bzw. 23 GG und den Zustimmungsgesetzen zu den entsprechenden Verträgen durchaus einen Vollzugsbefehl

³⁹⁷ vgl. GEIGER, S. 200-201; STREINZ, *ibid.*, Rz. 1

³⁹⁸ 38. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes, BGBl. 1992 I 2086. – Die Erstfassung von Art. 23 betraf die Wiedervereinigung und war durch das Einigungsvertragsgesetz vom 23. September 1990 (BGBl. 1990 II 885) aufgehoben worden.

³⁹⁹ GEIGER, S. 208; BADURA, S. 345-346; STREINZ, *Art. 23*, Rz. 1 u. 3-5

⁴⁰⁰ vgl. STREINZ, *ibid.*, Rz. 60-65

⁴⁰¹ *ibid.*, Rz. 10

⁴⁰² GEIGER, S. 208; BADURA, S. 346; SCHRÖDER, *Einwirkungen*, S. 42-43

⁴⁰³ BVerfGE 31, 145, 174; 37, 271, 280; ZULEEG, S. 179; vgl. GEIGER, S. 82, 183 u. 248; MAUNZ/ZIPPELIUS, S. 430

sehen ⁴⁰⁴. Dem entspricht auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach nur diejenigen supranationalen Normen innerstaatliche Geltung erlangen, welche durch einen „Grobfilter“ des Grundgesetzes ins Landesrecht zu passieren vermögen (n° 106). Würde das Bundesverfassungsgericht der monistischen Adoptions- theorie folgen, so verneinte es nicht die Geltung, sondern den Vorrang grob verfas- sungswidrigen Gemeinschaftsrechts.

103. *Anwendung.*- Gemeinschaftsrecht ist direkt anwendbar, wenn es ohne Erlass von Ausführungsvorschriften auf die Einzelnen angewendet werden kann, selbst wenn sich eine Norm dem Wortlaut nach an die Mitgliedstaaten richtet. Die direkte Anwendbar- keit wird zudem vermutet. Dies hat der Europäische Gerichtshof in seinem grundlegen- den Entscheid *van Gend & Loos* festgehalten: Er erklärte die Berufung einer Einzelperson auf Art. 12 EGV, der den Mitgliedstaaten die Erhöhung der Binnenzölle bis zu deren Abschaffung verbietet, für zulässig, und verbot den Gerichten, einen von den Niederlanden erhöhten Einfuhrzoll anzuwenden ⁴⁰⁵.

Nicht direkt anwendbare Normen des Gemeinschaftsrechts müssen durch den Erlass von Ausführungsvorschriften durch Organe der EU oder der Mitgliedstaaten konkretisiert werden. Die nicht direkt anwendbaren Normen, die sich an die Mitgliedstaaten wenden – wie z.B. Richtlinien nach Art. 189 EGV –, verpflichten aber im Gegensatz zu nicht unmittelbar anwendbaren Normen herkömmlicher internationaler Organisationen nicht nur die Staaten als solche; sie haben innerstaatliche Geltung, indem sie unmittelbar die zuständigen Staatsorgane – Parlament, Verwaltung, Kommunen, Länder – zum Erlass der Ausführungsvorschriften verpflichten ⁴⁰⁶.

Nicht direkt anwendbares Gemeinschaftsrecht kann aber dennoch eine direkte Wirkung auf die Rechtsverhältnisse der Einzelnen haben, da der Mitgliedstaat, der eine Richtlinie nicht fristgemäss umsetzt, dieser widersprechendes innerstaatliches Recht nicht anwenden darf und den Einzelnen gegebenenfalls schadenersatzpflichtig wird ⁴⁰⁷. Zudem ist Gemeinschaftsrecht, das EU-Organen oder Mitgliedstaaten die Vornahme von Ausführungsakten vorschreibt, direkt anwendbar, wenn diese Akte nicht in der vorgesehenen Frist vorgenommen werden, das Ergebnis der Ausführungsakte aber in der gemeinschaftsrechtlichen Norm klar bestimmt ist: Dem Holländer *Reyners* wurde in Belgien, wo er die vorgeschriebene Ausbildung absolviert hatte, die Zulassung zum Anwalt seiner Nationalität wegen verweigert. Der Europäische Gerichtshof erklärte darauf Art. 52 EGV, der den Abbau der Beschränkungen des freien Niederlassungs- rechts fordert, für direkt anwendbar, weil der Rat die in Art. 54 Abs. 2 EGV

⁴⁰⁴ vgl. GEIGER, S. 248

⁴⁰⁵ EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, S. 9 u. 24

⁴⁰⁶ EuGH, *von Colson*, Rs. 14/83, Slg. 1984, S. 1891; *Fratelli Costanzo*, Rs. 103/85, Slg. 1989, S. 1839

⁴⁰⁷ EuGH, *Becker*, Rs. 8/81, Slg. 1982, S. 53; *Marshall*, Rs. 152/84, Slg. 1986, S. 723; *Francovich*, in NJW 1992, S. 165; BVerfGE 75, 223. – Vgl. die ähnliche Rechtslage in der Schweiz, n° 401

vorgesehenen Ausführungsbestimmungen nicht fristgerecht erlassen hatte⁴⁰⁸. Und schliesslich übt das nicht direkt anwendbare Gemeinschaftsrecht durch das Gebot der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung (*infra*, n° 108) eine unmittelbare Wirkung auf die Anwendung des innerstaatlichen Durchführungserlasses aus⁴⁰⁹.

104. Rang des Gemeinschaftsrechts. a) Die Sicht des Europäischen Gerichtshofs: Vorrang vor dem gesamten Landesrecht.- Der Europäische Gerichtshof hat den Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor dem Landesrecht erstmals im Entscheid *Costa c. ENEL* vom 15. Juli 1964 festgehalten⁴¹⁰; er leitet ihn aus Art. 5 Abs. 2 und Art. 189 EGV in Verbindung mit dem Grundsatz der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts ab. Seither hat der Europäische Gerichtshof den Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts wiederholt bestätigt. Man findet eine Synthese im Entscheid *Simmenthal* vom 9. März 1978⁴¹¹: Wegen des Grundsatzes des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts bewirkten die Bestimmungen des EGV sowie die direkt anwendbaren Akte der Gemeinschaftsorgane mit ihrem blossen Inkrafttreten nicht nur, dass jede entgegenstehende Norm der bestehenden nationalen Gesetzgebung unanwendbar sei, sondern sie verhinderten auch die gültige Entstehung neuer gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Gesetzgebungsakte. Jedes nationale Gericht sei verpflichtet, das Gemeinschaftsrecht vollumfänglich anzuwenden und die Rechte, welche es den Einzelnen gewähre, zu schützen, indem es jede dem vielleicht entgegenstehende landesrechtliche Norm unangewendet lasse, gleichgültig, ob diese jünger oder älter sei als die gemeinschaftsrechtliche Vorschrift. Jede innerstaatliche Vorschrift oder Praxis, die das Gericht eines Mitgliedstaates an der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts hinderte, wäre unvereinbar mit den der Natur des Gemeinschaftsrechts eigenen Anforderungen.

105. Fortsetzung. b) Die Sicht des Bundesverfassungsgerichts: Vorrang ...- Die deutsche Rechtsordnung anerkennt ebenfalls den Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor allem innerstaatlichen Recht, also auch vor dem Grundgesetz. Die Vorrangregel ist im Zustimmungsgesetz, das auf den Vertragsinhalt in der Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof verweist, und der durch Art. 24 Abs. 1 GG bzw. Art. 23 Abs. 1 GG erteilten Ermächtigung zur Öffnung des Landesrechts enthalten. Diese Bestimmungen erlauben nicht nur die Übertragung von Hoheitsrechten, sondern fordern auch die Beachtung der Akte der zwischenstaatlichen Einrichtung, da sie das gute

⁴⁰⁸ EuGH, *Reyners*, Rs. 2/74, Slg. 1974, S. 631

⁴⁰⁹ SCHRÖDER, *Einwirkungen*, S. 53

⁴¹⁰ EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, S. 1160

⁴¹¹ EuGH, Rs. 106/77, Slg. 1978, S. 643-644

Funktionieren derselben bezwecken⁴¹². Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts ist – wie aus dem oben (n° 104) erwähnten Simmenthal-Entscheid hervorgeht – ein Anwendungsvorrang; entgegenstehende interne Rechtsnormen sind also nicht nichtig, sondern lediglich im konkreten Kollisionsfall nicht anwendbar. Bei rein internen, nicht dem Gemeinschaftsrecht unterstehenden Sachverhalten bleiben sie dagegen voll wirksam⁴¹³.

106. ... *mit Vorbehalt*.- Dieser Vorrang gilt aber nur für jene Gemeinschaftsnormen, für die Art. 24 Abs. 1 bzw. 23 Abs. 1 GG die deutsche Rechtsordnung öffnet. Das Bundesverfassungsgericht hat festgehalten, dass für diese Öffnung in Art. 24 Abs. 1 GG implizite Schranken enthalten sind: Die unaufgebbaren Bestandteile der Verfassung dürfen nicht angetastet werden⁴¹⁴. Die Grundstruktur der Verfassung darf weder durch den Gründungsvertrag der zwischenstaatlichen Einrichtung noch durch ihr sekundäres Recht geändert werden; Vertragsbestimmungen oder Rechtsakte, welche die Identität der geltenden Verfassung durch Einbruch in die sie konstituierenden Strukturen aufheben, werden nicht adoptiert⁴¹⁵. Unaufgebbare Bestandteile der Verfassung sind die Grundrechte, die Demokratie und die Rechtsstaatlichkeit⁴¹⁶. Die Frage des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts wird also bereits bei der Bestimmung seiner Geltung beantwortet: Kollidiert es mit grundlegenden Verfassungsbestimmungen, erlangt es keine innerstaatliche Geltung; insoweit es Geltung erlangt, genießt es Anwendungsvorrang vor dem Landesrecht.

107. *Fortsetzung. „Solange I“, „Solange II“ und das „Maastricht-Urteil“*.- Im berühmten „Solange-I-Beschluss“ vom 29. Mai 1974⁴¹⁷ hat sich das Bundesverfassungsgericht zuständig erklärt für die Kontrolle der Verfassungsmässigkeit des Gemeinschaftsrechts. Solange der Integrationsprozess der Gemeinschaft nicht so weit fortgeschritten sei, dass diese über einen von einem Parlament verabschiedeten, dem Grundgesetz adäquaten Grundrechtskatalog verfüge, bleibe das Bundesverfassungsgericht zuständig, um die Konformität des Gemeinschaftsrechts mit den im Grundgesetz garantierten Grundrechten zu kontrollieren. Dieses Urteil wurde von den drei überstimmten Richtern und der Lehre scharf kritisiert, weil sie der Ansicht waren,

⁴¹² BVerfGE 31, 145, 174; GEIGER, S. 187-188 u. 251-252

⁴¹³ GERBER, S. 83-87; SCHRÖDER, *Einwirkungen*, S. 52

⁴¹⁴ BVerfGE 58, 1, 40

⁴¹⁵ BVerfGE 37, 271, 277 („Solange I“); 73, 339, 375 („Solange II“); MOSLER, S. 634-635

⁴¹⁶ BVerfGE 37, 271 („Solange I“); BVerfGE 58, 1, 41; BVerfGE 89, 155 („Maastricht-Urteil“); H. P. IPSSEN, S. 796; GEIGER, S. 184

⁴¹⁷ BVerfGE 37, 271. – Zur Terminologie: die Bundesverfassungsgerichtsentscheidung auf Grund mündlicher Verhandlung ergeht als *Urteil*, die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung als *Beschluss* (Art. 25 Abs. 2 BVerfGG).

dass der Grundrechtsschutz bereits durch den Europäischen Gerichtshof genügend sichergestellt sei; nicht bestritten war dagegen die Auffassung des Gerichts, dass dem Einstürmen supranationalen Rechts Grenzen gesetzt seien ⁴¹⁸.

Seit einem zweiten Beschluss, „*Solange II*“, vom 22. Oktober 1986 ⁴¹⁹, schien diese Kontrolle sehr hypothetisch geworden zu sein: Inzwischen habe der Grundrechtsschutz in der EG, insbesondere durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof, im wesentlichen den vom Deutschen Grundgesetz geforderten Standard erreicht; solange der Grundrechtsschutz in der EG insoweit gewährleistet sei, überprüfe das Bundesverfassungsgericht die Grundgesetzkonformität des EG-Rechts nicht mehr.

In seinem „*Maastricht-Urteil*“ vom 12. Oktober 1993 ⁴²⁰ hat das Bundesverfassungsgericht aber erneut seine Zuständigkeit, die Verfassungsmässigkeit des Gemeinschaftsrechts zu überprüfen, bestätigt. Diesmal ging es um das im Grundgesetz verankerte und für unantastbar erklärte Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 u. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG). Das Gericht zog in Betracht, dass die EU keinen sich auf ein europäisches Staatsvolk stützenden Staat bilde. Vielmehr sei die EU durch die Staatsvölker der Mitgliedstaaten über die nationalen Parlamente demokratisch zu legitimieren. Deshalb müssten dem Deutschen Bundestag Aufgaben und Befugnisse von substantiellem Gewicht verbleiben. Wenn die Kompetenzübertragung so weit ginge, dass diese Grenze überschritten würde, so wäre das Demokratieprinzip verletzt. Das Bundesverfassungsgericht begründete die Nichtanwendbarkeit solcher Rechtsakte der EU-Organe primär mit dem Verstoß gegen das Grundgesetz. Es qualifizierte solche Akte aber auch als Überschreitung der vertraglich festgelegten Kompetenzen der EU-Organe, also als Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht selbst. Eine solche Begründung ermöglicht es, den Vorrang des Gemeinschaftsrechts unberührt zu lassen.

108. Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung.- Aus dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts ergibt sich die Verpflichtung, das interne Recht gemeinschaftskonform auszulegen. Dies gilt insbesondere auch für die Richtlinien. Die zur Durchführung einer Richtlinie erlassenen landesrechtlichen Erlasse sind „*im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen.*“ ⁴²¹

⁴¹⁸ Minderheitsmeinung der Richter RUPP, HIRSCH und WAND: BVerfGE 37, 271, 291 ff. u. 297; GEIGER, S. 186; TOMUSCHAT, S. 509

⁴¹⁹ BVerfGE 73, 339; vgl. EuGRZ 1987, S. 10

⁴²⁰ BVerfGE 89, 155, auch in EuGRZ 1993, S. 429; vgl. CHRISTIAN TOMUSCHAT, *Aller guten Dinge sind III? Zur Diskussion um die Solange-Rechtsprechung des BVerfG*, EuR 1990, S. 340; ALEXIA MÜLLER, *Diskordanz der Rechtsprechung. In Frage gestellte Supranationalität des Gemeinschaftsrechts*, NZZ Nr. 95 vom 25. April 1995, S. 23; DIETRICH SCHINDLER, *Der Vorrang des Völkerrechts und des Europarechts vor dem nationalen Recht als Problem der demokratischen Legitimation des Rechts*, in: Isaak Meier/Kurt Siehr (Hrsg.), *Rechtskollisionen*, Festschrift für Anton Heini, Zürich 1995, S. 325-326; BADURA, S. 606, m. w. Hinw.; STURM, Rz. 24

⁴²¹ EuGH, *Kolpinghuis Nijmegen*, Rs. 80/86, Slg. 1987, S. 3969, 3986 E. 12; SCHRÖDER, *Einwirkungen*, S. 52-53

109. *Sicherung des Anwendungsvorrangs.*- Jedes staatliche Organ hat darauf zu achten, dass es Landesrecht, das Gemeinschaftsrecht widerspricht, nicht anwendet. Die Vorlage an das Bundesverfassungsgericht zum Entscheid über die Gültigkeit eines Gesetzes, das ein Gericht für gemeinschaftswidrig hält, wie es bei Verfassungswidrigkeit vorgesehen ist (Art. 100 Abs. 1 GG), wäre unzulässig und nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs gemeinschaftswidrig, weil durch ein solches besonderes Verfahren die innerstaatliche Geltung des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigen würde ⁴²².

Wendet ein deutsches Staatsorgan gegen Gemeinschaftsrecht verstossendes innerstaatliches Recht an, so ist gegen diesen Akt eine Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung der Rechte auf Handlungsfreiheit und Gleichheit (Art. 2 Abs. 1 u. Art. 3 GG) und von weiteren betroffenen Grundrechten zulässig ⁴²³. Gleich verhält es sich, wenn ein deutsches Gericht willkürlich die Vorlage einer entscheidungserheblichen Frage der Auslegung oder Gültigkeit von Gemeinschaftsrecht an den Europäische Gerichtshof unterlässt (Art. 177 Abs. 3 EGV): diesfalls wurde das Recht auf das gesetzliche Gericht verletzt (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) ⁴²⁴.

Auf Gemeinschaftsebene kann eine Vertragsverletzung von den Mitgliedstaaten und der Kommission durch eine Feststellungsklage beim Europäischen Gerichtshof geltend gemacht werden (Art. 169 ff. EGV). Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs hat feststellende Wirkung, doch ist der verurteilte Staat verpflichtet, entsprechende Massnahmen zu ergreifen (Art. 171 Abs. 1 EGV); andernfalls kann der Gerichtshof auf Antrag der Kommission Zwangs- und Bussgelder auferlegen (Art. 172 Abs. 2 EGV).

2. Die Kompetenzverteilung in völkerrechtlichen Angelegenheiten

110. *Die auswärtige Gewalt.*- Zur Bezeichnung der Gesamtheit der Kompetenzen in auswärtigen Angelegenheiten – wie Pflege der Beziehungen zu anderen Staaten, Abschluss völkerrechtlicher Verträge, Beitritt zu internationalen Organisationen – hat sich in der deutschen Staatsrechtslehre seit Ende 19. Jahrhundert der Ausdruck „auswärtige Gewalt“ eingebürgert ⁴²⁵. In der Verfassung selbst kommt der Begriff nicht vor; die entsprechenden Bestimmungen sind über das ganze Grundgesetz verteilt ⁴²⁶.

⁴²² H. P. IPSEN, S. 795; GEIGER, S. 256

⁴²³ GEIGER, S. 188 u. S. 256

⁴²⁴ BVerfGE 73, 339 („*Solange II*“); 75, 223; 82, 159; NJW 1988, S. 1457

⁴²⁵ GREWE, S. 922; GEIGER, S. 118; BADURA, S. 325-326; EHRENZELLER, *Legislative Gewalt*, S. 173

⁴²⁶ Nur die Verfassungen der Niederlande (Art. 90-103) und Schwedens (Kap. 10; s. n° 327-330) haben die Bestimmungen über die auswärtigen Angelegenheiten systematisch geordnet; vgl. GREWE, S. 934

Die auswärtige Gewalt ist keine eigenständige Institution, sondern wird von den im Grundgesetz gewährleisteten Organen der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung (Art. 20 Abs. 2 GG) nach Massgabe ihrer verfassungsmässigen Zuständigkeiten ausgeübt (n° 124-134) ⁴²⁷. Neben dieser horizontalen Aufteilung der auswärtigen Gewalt regelt das Grundgesetz die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern, wobei – wie in den meisten Bundesstaaten – dem Bund in diesem Bereich eine umfassende Zuständigkeit eingeräumt wird (Art. 32 GG; n° 113-123).

111. Beschränkungen der auswärtigen Gewalt.- Wegen der Entscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit (n° 73) kann auch die auswärtige Gewalt *durch die Übertragung von Hoheitsrechten* nach Art. 23 und 24 GG eingeschränkt werden (n° 100-101) ⁴²⁸. So verfügt Deutschland als EU-Mitglied nicht mehr über die auswärtige Gewalt im Zuständigkeitsbereich der EU; es hat die Kompetenz verloren, Zoll- und Handelsverträge abzuschliessen ⁴²⁹ oder Abkommen auf dem Gebiet der gemeinsamen Verkehrspolitik ⁴³⁰ und des Fischereiwesens einzugehen ⁴³¹. Beschränkt wird die Ausübung der auswärtigen Gewalt ferner *durch die allgemeinen Regeln des Völkerrechts*, welche kraft 25 GG automatisch innerstaatliche Geltung und Anwendung erlangen (n° 77-79).

112. Verfassungsrechtliche Leitlinien für die Aussenpolitik.- Aber auch das Grundgesetz macht den Staatsorganen des Bundes und der Länder gewisse Vorgaben für die Gestaltung der auswärtigen Angelegenheiten ⁴³². Die Bundesrepublik hat ja gemäss der Präambel des Grundgesetzes „als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen“ und die (seit der Wiedervereinigung 1990) vollendete „Einheit und Freiheit Deutschlands“ zu wahren. Leitlinien der Aussenpolitik sind somit die Bewahrung der staatlichen Einheit und Unabhängigkeit gegen aussen bei gleichzeitigem Hinwirken auf eine europäische Integration – was seit 1992 durch Art. 23 GG dahingehend präzisiert wird, dass Deutschland in der EU mitwirken soll – und Dienst am Weltfrieden, was insbesondere durch Art. 26 GG konkretisiert wird, welcher Handlungen, die das friedliche Zusammenleben der Völker stören, als verfassungswidrig verbietet und unter Strafe stellt. Diese Leitlinien der Aussenpolitik sind als justiziable verfassungsrechtliche Pflichten für alle staatlichen Organe verbindlich ⁴³³. Ebenso verhält es sich mit dem Bekenntnis „zu unverletzlichen

⁴²⁷ GREWE, S. 924; GEIGER, S. 119

⁴²⁸ GEIGER, *ibid.*, S. 119-120

⁴²⁹ EuGH, Gutachten 1/75 („Lokale Kosten“), Slg. 1975, S. 1355

⁴³⁰ EuGH, *AETR*, Rs. 22/70, Slg. 1971, S. 263

⁴³¹ EuGH, *Kramer*, Rs. 3, 4 u. 6/76, Slg. 1976, S. 1279

⁴³² GREWE, S. 935

⁴³³ HUBER, Rz. 38-44

und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt“ (Art. 1 Abs. 2 GG) und den Grundentscheidungen der Verfassung für Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und Sozialstaatlichkeit ⁴³⁴.

a) Kompetenzverteilung zwischen dem Bund und den Ländern

113. *Aussenpolitik ist grundsätzlich Bundessache.*- Nach Art. 30 GG ist die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben Sache der Länder, soweit das Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zulässt. Für die Besorgung der auswärtigen Angelegenheiten wird nun in Art. 32 GG eine massive Kompetenzübertragung an die Zentralgewalt vorgenommen: Sie ist grundsätzlich Bundessache. Nach herrschender Lehre beinhaltet diese umfassende Kompetenzzuweisung an den Bund auch eine Kompetenzvermutung zu Gunsten des Bundes für auswärtige Angelegenheiten, während für alle anderen Sachgebiete nach Art. 30 GG eine Kompetenzvermutung zu Gunsten der Länder besteht ⁴³⁵. Die meisten Bundesstaaten haben diese Lösung gewählt (vgl. USA, n° 272-274 und die Schweiz, n° 439). Sie wird mit der Notwendigkeit begründet, nach aussen mit einer Stimme zu sprechen. Die deutsche Lehre beruft sich dabei gerne auf den Schweizer Kommissionsbericht über die Grundlinien eines neu zu errichtenden Eidgenössischen Bundesvereins von 1814, wo eine föderalistische Lösung abgelehnt wird, denn: „*Dem fremden Einfluss wären mehrere Zugänge geöffnet und es würde dem Auslande leichter fallen, durch einseitige Verbindungen und Verträge mit einzelnen Bundesgliedern das Ganze zu benachteiligen und vielleicht die verderblichsten Parteiungen und Zerwürfnisse zu stiften.*“ ⁴³⁶

114. *Anhörungs-, Mitwirkungs- und Zustimmungsrecht der Länder.*- Im Gegenzug zu dieser umfassenden Kompetenz ist der Bund verpflichtet, vor dem Abschluss eines Vertrages, der die *besonderen Verhältnisse* eines Landes berührt, dieses rechtzeitig anzuhören. Die besonderen Verhältnisse eines Landes sind nur dann berührt, wenn es stärker als andere von einem Vertrag betroffen wird; z.B. waren die Küstenländer von den Abkommen der Bundesrepublik über die Abgrenzung des Festlandssockels unter der Nordsee mit den Niederlanden und Dänemark vom 28. Januar 1971 und mit dem Vereinigten Königreich vom 25. November 1971 stärker berührt als die Binnenländer und somit anzuhören ⁴³⁷. Die Anhörung soll die Berücksichtigung der Interessen der

⁴³⁴ GEIGER, S. 149; vgl. dazu die in n° 106-107 zitierte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

⁴³⁵ GREWE, S. 959; vgl. auch die Darstellung von STURNY/THALMANN, S. 151-159 u. 178-188

⁴³⁶ zitiert nach GEIGER, S. 121; auch GREWE, S. 959, beruft sich auf diesen Kommissionsbericht

⁴³⁷ BGBl. 1972 II 881 u. 897; BADURA, S. 338; STREINZ, *Art. 32*, Rz. 43

besonders betroffenen Länder ermöglichen; der Bund ist dabei durch die Stellungnahme der Länder aber nicht gebunden⁴³⁸. Bei einem Vertragsschluss im *ausschliesslichen Kompetenzbereich* der Länder sind diese sogar an der Ausarbeitung des Abkommens zu beteiligen, und sie müssen ihm zustimmen (Art. 32 Abs. 2 GG; Ziff. 3 u. 4 des Lindauer Abkommens, s. n° 117). Diese Anhörungspflicht des Bundes ist Ausdruck der Bundestreue, die dem Bund länderfreundliches Verhalten gebietet⁴³⁹.

115. Restkompetenzen der Länder. Vertragsabschlüsse bei Gesetzgebungskompetenz.- Die Bundesrepublik ist „ein Bundesstaat, der im völkerrechtlichen Verkehr grundsätzlich als Einheit auftritt“⁴⁴⁰. Nach Art. 32 Abs. 3 GG können aber die Länder, soweit sie für die Gesetzgebung zuständig sind, mit Zustimmung der Bundesregierung mit auswärtigen Staaten Verträge abschliessen. Die selbe Beschränkung gilt für den Abschluss von Verwaltungsabkommen⁴⁴¹. Die Bundesregierung hat hinsichtlich der Erteilung der Zustimmung ein politisches Ermessen; sie muss dafür sorgen, dass keine Verträge abgeschlossen werden, die Bundesinteressen zuwiderlaufen⁴⁴². Ein ohne Zustimmung der Bundesregierung abgeschlossener Vertrag bleibt innerstaatlich unwirksam⁴⁴³.

116. Fortsetzung. Konkurrierende oder ausschliessliche Länderkompetenz?- Umstritten ist, ob die Länderkompetenz zum Vertragsschluss ausschliesslich oder konkurrierend ist, ob also der Bund die Kompetenz zur Vertragsschliessung auch in Bereichen, wo innerstaatlich ausschliesslich die Länder für die Gesetzgebung zuständig sind, an sich ziehen kann.

Im Kaiserreich und in der Weimarer Republik wurde diese Frage klar verneint: Der Bund durfte keine Verträge schliessen, die zu ihrem innerstaatlichen Vollzug eines Gesetzes im ausschliesslichen Zuständigkeitsbereich der Länder bedurfte⁴⁴⁴.

Dieses sogenannte Konvergenzprinzip, das die Parallelität von Innen- und Ausserkompetenz sicherstellte, ist nach Auffassung der Anhängerinnen und Anhänger der zentralistischen Theorie von der verfassungsgebenden Gewalt aufgegeben worden; sie verweisen darauf, dass ein Antrag auf seine Festschreibung im Grundgesetz im Hauptausschuss des Parlamentarischen Rates als zu weitgehende Einschränkung der

⁴³⁸ STREINZ, *ibid.*, Rz. 44, m. w. Hinw.

⁴³⁹ GEIGER, S. 123; BADURA, S. 339; STREINZ, *ibid.*

⁴⁴⁰ BVerfGE 2, 347, 378

⁴⁴¹ GEIGER, S. 123; BADURA, S. 339; STREINZ, Art. 32, Rz. 57-60; abweichend MAUNZ/ZIPPELIUS, S. 413 u. 415; s. auch STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 101-103

⁴⁴² STREINZ, *ibid.*, Rz. 61

⁴⁴³ BVerfGE 2, 347, 371

⁴⁴⁴ GREWE, S. 962

Vertragsschliessungskompetenz des Bundes verworfen worden sei⁴⁴⁵. Für eine konkurrierende Bundeskompetenz spreche ausserdem, dass Art. 32 Abs. 1 GG die Vertragsschliessungskompetenz des Bundes im Gegensatz zum Abs. 3, der die Vertragsschliessungskompetenz der Länder auf ihr Gesetzgebungsrecht eingrenze, in keiner Weise beschränke; ansonsten wäre auch die Einheit des Bundesstaates nach aussen und die Fähigkeit des Bundes zur Aussenpolitik eingeschränkt⁴⁴⁶.

Die Vertreter der föderalistischen Theorie verneinen dagegen eine Befugnis des Bundes, die Abschlusskompetenz auf jeden Fall an sich zu ziehen. Sie berufen sich wie die Zentralisten auf Art. 32 Abs. 3, der auf die Gesetzgebungskompetenz der Länder verweist und damit Ausdruck des Konvergenzprinzips sei⁴⁴⁷, und auf die Entstehungsgeschichte von Art. 32: Der Entwurf von Art. 32 GG lautete: „*Die Zuständigkeit, Verträge mit auswärtigen Staaten abzuschliessen, richtet sich nach der Zuständigkeit zur Gesetzgebung.*“ Diese Fassung sei zwar abgelehnt worden, aber nicht, weil das Konvergenzprinzip aufgehoben werden sollte, sondern weil befürchtet wurde, der Bund würde durch diese Formulierung von Aufgaben ausgeschlossen, für die er keine gesetzgeberische Berufung habe, welche aber unzweifelhaft dem Zentralorgan zukämen, wie etwa die Beitrittsvereinbarung zu einem System kollektiver Sicherheit oder die Koordination aller aussenpolitischen Tätigkeiten; durch die jetzige Fassung von Art. 32 Abs. 1 GG sollte nur klargestellt werden, dass der Bund auch in diesen Bereichen zuständig ist, nicht aber das Konvergenzprinzip in Frage gestellt werden⁴⁴⁸.

Von politischer Bedeutung war in diesem Meinungsstreit zwischen Zentralisten und Föderalisten besonders die Frage, inwieweit der Bund Kulturabkommen abschliessen dürfe; Einigkeit bestand nur darin, dass er Verträge schliessen könne, die keiner innerstaatlichen Umsetzung durch ein Landesgesetz bedürfen⁴⁴⁹.

117. Fortsetzung. Pragmatische Lösung im Lindauer Abkommen vom 14. November 1957.- Die Auseinandersetzung zwischen dem zentralistisch gesinnten Bund, der von den norddeutschen Ländern unterstützt wurde, und den föderalistisch gesinnten süddeutschen Ländern wurde in einer „*Verständigung zwischen der Bundesregierung und den Staatskanzleien der Länder über das Vertragsschliessungsrecht des Bundes*“, dem sogenannten Lindauer Abkommen vom 14. November 1957, pragmatisch gelöst⁴⁵⁰. In Ziff. 1 des Abkommens wird zunächst festgehalten,

⁴⁴⁵ MAUNZ/ZIPPELIUS, S. 412; GREWE, *ibid.*, m. w. Hinw.

⁴⁴⁶ BADURA, S. 339; GEIGER, S. 125; STREINZ, *Art. 32*, Rz. 33

⁴⁴⁷ GEIGER, *ibid.*

⁴⁴⁸ MAUNZ/ZIPPELIUS, S. 412

⁴⁴⁹ GREWE, S. 963; GEIGER, S. 126

⁴⁵⁰ BullBReg 1957, S. 1966, abgedruckt auch bei STREINZ, *Art. 32*, Rz. 35. Für eine konkurrierende Vertragszuständigkeit des Bundes traten Bremen, Hamburg, Niedersachsen und Schleswig-Holstein ein,

dass die Parteien an ihren bekannten Rechtsauffassungen festhalten, worauf in den folgenden 4 Ziffern ein *modus vivendi* vereinbart wird:

Nach Ziff. 2 könnte eine Zuständigkeit des Bundes für gewisse Verträge anerkannt werden, die Bestimmungen enthalten, die *eventuell* unter die *ausschliessliche Landesgesetzgebung* fallen, wenn diese Bestimmungen für die betreffenden Verträge typisch sind oder von untergeordneter Bedeutung in einem Vertrag, für den im Übrigen der Bund zweifelsfrei zuständig ist. Es handelt sich dabei um Konsularverträge, Handels- und Schiffahrtsverträge, Niederlassungsverträge, Verträge über den Waren- und Zahlungsverkehr sowie Verträge über den Beitritt zu internationalen Organisationen. Als relevante Bestimmungen werden genannt: Privilegien bei auswärtigen Staaten und internationalen Organisationen hinsichtlich des Steuer-, Polizei- und Enteignungsrechts (Immunitäten) sowie über die nähere Ausgestaltung der Rechte von ausländischen Staatsangehörigen in Handels-, Schiffahrts- und Niederlassungsverträgen.

Dem Bund wird in Ziff. 3 des Abkommens auch im *ausschliesslichen Kompetenzbereich* der Länder, insbesondere bei Kulturabkommen, die Vertragsschlusszuständigkeit eingeräumt (vgl. die analogen Regelungen in den USA, n° 266, und in der Schweiz, n° 439), doch muss er diese möglichst frühzeitig, in jedem Fall rechtzeitig vor der endgültigen Festlegung des Vertragstextes, an den Vorbereitungen für den Abschluss beteiligen und sich vor Abschluss des Vertrags das Einverständnisses aller 16 Länder vergewissern. Hat er dies unterlassen, so können die Länder die innerstaatliche Umsetzung verweigern. Der Bund verfügt in diesen Bereichen nur über die Abschlusskompetenz, während die Kompetenz zum Erlass des Vollzugsgesetzes, das im dualistischen Deutschland für die innerstaatliche Umsetzung unerlässlich ist (n° 89 *in fine*), bei den Ländern liegt. Da er sich selbst nicht länderfreundlich verhalten hätte, könnte der Bund sich weder auf die Bundestreuepflicht der Länder berufen, noch zum Bundeszwang (Art. 37 GG) greifen, um seine völkerrechtliche Verpflichtung innerstaatlich umzusetzen. Umgekehrt sind die Länder durch die Bundestreue und das Verbot widersprüchlichen Verhaltens zum Vollzug eines vom Bund abgeschlossenen Abkommens verpflichtet, wenn sie diesem zugestimmt haben ⁴⁵¹.

Nach Ziff. 4 des Abkommens muss der Bund unabhängig davon, ob ausschliessliche Länderkompetenzen berührt sind, bei Verträgen, die *wesentliche Interessen* der Länder berühren, diesen die Möglichkeit geben, ihre Wünsche zu äussern. Sie sind so frühzeitig wie möglich über den beabsichtigten Vertragsschluss zu informieren.

für eine ausschliessliche Länderkompetenz Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz; GEIGER, S. 126-127. S. auch FROWEIN/HAHN, S. 62-63; SCHWEIZER/BRUNNER, S. 21.

⁴⁵¹ STREINZ, *ibid.*, Rz. 36-38. Unsicher ist, ob die Länder in ihrem Kompetenzbereich danach noch völkerrechtswidriges Landesrecht erlassen dürfen, das der Vollzugsgesetzgebung derogiert, oder ob dies ebenfalls ein Verstoß gegen die Bundestreue wäre; vgl. STURNY/THALMANN, S. 158.

Auf Grund des Lindauer Abkommens haben die Länder die Ständige Vertragskommission der Länder gebildet, welche die Gesprächspartnerin des Auswärtigen Amts oder des zuständigen Fachressorts ist, wenn entsprechende internationale Verträge ausgehandelt werden, und die bei nach Ziff. 3 des Lindauer Abkommens zustimmungsbedürftigen Verträgen Empfehlungen zuhanden der Regierungen der Länder abgibt; sie ist seit Mitte 1958 tätig ⁴⁵².

118. Weitere völkerrechtliche Kompetenzen der Länder. Übertragung von Hoheitsrechten.- Mit der Maastricht-Novelle vom 21. Dezember 1992 (n° 101) wurde Art. 24 Abs. 1a ins Grundgesetz eingefügt, der die Länder erstmals ermächtigt, mit Zustimmung der Bundesregierung Hoheitsrechte auf grenznachbarliche Einrichtungen zu übertragen, soweit sie für die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben zuständig sind. Diese Befugnis erlaubt eine grenzüberschreitende Zusammenarbeit u.a. auf dem Gebiet des Schul- und Hochschulwesens, der Planung, der Strukturpolitik, der Polizei und der Abfallwirtschaft. Übertragen werden können damit etwa die Hoheitsrechte, Gebührenverordnungen zu erlassen und Gebühren einzuziehen oder Pläne für die Landesentwicklung, Landschaftsplanung, Abfallentsorgung und Abwasserbeseitigung zu erstellen ⁴⁵³.

119. Fortsetzung. Ländervertretung in der EU.- Der Bund kann auf Grund von Art. 23 Abs. 1 GG – wie schon zuvor auf Grund von Art. 24 Abs. 1 GG – auch Hoheitsrechte, deren Trägerinnen nach Grundgesetz die Länder sind, auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen ⁴⁵⁴. Deren Kompetenzen werden durch den Integrationsprozess geschmälert, vor allem in den Bereichen Landwirtschaft, Kultur – besonders Bildung und Rundfunk und Fernsehen – und Umweltpolitik ⁴⁵⁵. Zum Ausgleich wurde die Mitwirkung des Bundesrates in europäischen Angelegenheiten verstärkt (n° 120). Zudem bestimmt der ebenfalls auf die Maastricht-Novelle (n° 101) zurückgehende Art. 23 Abs. 6 GG, dass die Wahrnehmung der Rechte, die der Bundesrepublik Deutschland als Mitgliedstaat der EU zustehen, vom Bund auf eine vom Bundesrat benannte Vertreterin bzw. einen Vertreter der Länder übertragen werden soll, wenn im Schwerpunkt ausschliessliche Gesetzgebungsbefugnisse der Länder betroffen sind. Die Wahrnehmung der Rechte erfolgt unter Beteiligung und in Abstimmung mit der Bundesregierung; dabei ist die gesamtstaatliche Verantwortung des Bundes zu wahren. Das Nähere ist im Gesetz vom 12. März 1993 über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union

⁴⁵² GEIGER, S. 128; GREWE, S. 963; STURNY/THALMANN, S. 154

⁴⁵³ BADURA, S. 339; STREINZ, *Art. 24*, Rz. 37 u. 50, m. w. Hinw.

⁴⁵⁴ BADURA, S. 300; GREWE, S. 953-954

⁴⁵⁵ MAUNZ/ZIPPELIUS, S. 429; SCHWEIZER/BRUNNER, S. 18-19

(ZEUBLG)⁴⁵⁶ und in einer Bund-Ländervereinbarung vom 29. Oktober 1993 geregelt⁴⁵⁷. Art. 6 Abs. 1 ZEUBLG sieht ausserdem den Einbezug von Ländervertreterinnen und -vertretern in den Beratungsgremien von Kommission und Rat vor.

Art. 23 Abs. 6 GG wird als system- und sachwidriger Einbruch in die Bundeskompetenz für die Aussen- und Europapolitik kritisiert, doch war angesichts der supranationalen Befugnisse der EU, die Gegenstände regeln kann, für die nach dem Grundgesetz die Länder zuständig sind, eine besondere Berücksichtigung der Länder notwendig⁴⁵⁸.

Auf EU-Ebene wird den Ländern eine Einflussmöglichkeit im Ausschuss der Regionen eröffnet, der indes nur beratend tätig sein kann (Art. 198a ff. EGV).

120. *Fortsetzung. Mitwirkung via Bundesrat.*- Schliesslich fliesst Ländereinfluss über den Bundesrat in die Aussenpolitik. Der Bundesrat besteht – im Gegensatz zum schweizerischen Ständerat und dem amerikanischen Senat (n° 450 bzw. 275) – aus Mitgliedern der Länderregierungen, welche sie berufen und abbestellen (Art. 51 Abs. 1 GG). Und anders als in der Schweiz oder den USA haben die Vertreterinnen und Vertreter eines Landes gleich zu stimmen, und sie sind an die Weisungen ihrer Landesregierungen gebunden (Art. 51 Abs. 3 GG; vgl. Art. 77 Abs. 3 u. Art. 53a Abs. 1 GG). Weisungen der Landtage oder auf Grund von Volksabstimmungen sind dagegen unzulässig⁴⁵⁹. Durch den Bundesrat wirken so die Länderregierungen bei Vertragsschlüssen, der Gesetzgebung und Verwaltung des Bundes und in Angelegenheiten der Europäischen Union mit (Art. 50 GG; s. *infra*, n° 128-131 u. n° 133).

121. *Fortsetzung. Vollzugskompetenz.*- Wie bereits erwähnt (n° 117), berührt die umfassende Vertragsschlusskompetenz des Bundes nicht die Vollzugskompetenz der Länder (wie in der Schweiz, s. n° 451; anders in den USA, s. n° 266). Diese sind also nach den allgemeinen Zuständigkeitsregeln des Grundgesetzes für den Erlass der Vollzugsgesetze zuständig, d.h. soweit das Grundgesetz nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht (Art. 70 Abs. 1 GG). Dies gilt auch für das Gemeinschaftsrecht. Hier liegt in der Praxis die Ausführungsgesetzgebung jedoch schwergewichtig

⁴⁵⁶ BGBl. 1993 I 313, 1780; STURNY/THALMANN, S. 186

⁴⁵⁷ BAnz. Nr. 226, S. 10425. – Vor Erlass von Art. 23 GG hatte das Bundesverfassungsgericht im „Fernsehrichtlinien-Urteil“ (BverfGE 92, 203) aus Art. 24 Abs. 1 und Art. 70 Abs. 1 GG sowie dem Verfassungsgrundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens die Pflicht der Bundesregierung abgeleitet und konkretisiert, die verfassungsmässigen Rechte der Länder im europäischen Rechtsetzungsprozess zu wahren. Dieses Urteil hat nun keine eigenständige Bedeutung mehr; vgl. STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 182.

⁴⁵⁸ vgl. STREINZ, *Art. 23*, Rz. 119, und GREWE, S. 954, m. w. Hinw.; RUDOLF, *Kooperation*, S. 1128-1129; SCHWEIZER/BRUNNER, S. 23-26; STURNY, *ibid.*, S. 174-182 u. 190-197

⁴⁵⁹ ROBBERS, Rz. 10-11

beim Bund, da in wesentlichen Bereichen dem Bund die ausschliessliche Gesetzgebungskompetenz zusteht (z.B. Einheit des Zoll- und Handelsgebiets, Handels- und Schifffahrtsverträge, Freizügigkeit des Warenverkehrs, Waren- und Zahlungsverkehr mit dem Ausland einschliesslich Zoll- und Grenzschutz; s. Art. 73 Ziff. 5 GG). In vielen anderen Bereichen besitzt der Bund eine konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit (z.B. Recht der Wirtschaft, Wettbewerbsrecht, Agrarrecht; s. Art. 74 Ziff. 11, 16 u. 17 GG). Ausschliessliche Landesgesetzgebungskompetenzen verbleiben v.a. in den Bereichen Kultur und Bildung, Polizei- und Sicherheitsrecht, Landesplanung und Kommunalrecht; Raum bleibt den Ländern zudem da, wo der Bund nur Rahmengesetze erlassen darf, wie z.B. auf dem Gebiet des Naturschutzes, der Landschaftspflege und des Wasserhaushalts (Art. 75 Ziff. 3 u. 4 GG) ⁴⁶⁰.

122. Weitere aussenpolitische Befugnisse?- Es ist umstritten, inwieweit die Länder andere aussenpolitische Aktivitäten als die oben genannten entfalten können. In der Praxis kommen jedenfalls Reden von Länderministerpräsidentinnen und -präsidenten oder öffentliche Verlautbarungen von parlamentarischen Delegationsleiterinnen und -leitern im Ausland ebenso wie Ansprachen von Bürgermeisterinnen und -meistern in der ausländischen Partnerstadt vor, ohne dass laute Kritik geübt würde ⁴⁶¹.

123. Sicherung der Kompetenzverteilung.- Der Bund und jedes Land kann die Nichteinhaltung der im Grundgesetz vorgesehenen Kompetenzverteilung vor dem Bundesverfassungsgericht einklagen (Bund-Länder-Streit, Art. 93 Abs. 1 Ziff. 3 GG in Verbindung mit Art. 13 Ziff. 7 u. 68-70 BVerfGG). Die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts dient der Bewahrung der bundesstaatlichen Struktur und gehört zum Kernbestand der verfassungsgerichtlichen Kompetenzen ⁴⁶². Daneben können die Länder einem völkerrechtlichen Vertrag, der einen in ihrer ausschliesslichen Zuständigkeit liegenden Gegenstand ohne ihre Zustimmung regelt, die Umsetzung versagen (n° 117).

b) Kompetenzverteilung zwischen den Bundesorganen

124. Aussenpolitik ist grundsätzlich Regierungssache.- Wenn die Verbandskompetenz des Bundes gemäss Art. 32 GG gegeben ist, regelt Art. 59 GG, welches Bundesorgan im Bereich der auswärtigen Gewalt zuständig ist. Allerdings bestimmt er

⁴⁶⁰ s. GERBER, S. 111-113

⁴⁶¹ vgl. GREWE, S. 960-961, m. w. Hinw.

⁴⁶² GEIGER, S. 154; SCHWEIZER/BRUNNER, S. 33-34; STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 197; STURM, Rz. 52

nicht, welches Bundesorgan in der Ausgestaltung der Aussenpolitik führend sein soll. Auch das in Art. 20 GG verankerte Gewaltenteilungsprinzip enthält hierzu keine Ausführungen.

In der Lehre stehen sich zwei Auffassungen gegenüber, wer der eigentliche Träger der auswärtigen Gewalt sei. Nach konservativer Ansicht gehört die Aussenpolitik naturgemäss in den Bereich der Exekutive. Nach progressiver Anschauung soll sie im Sinne einer zunehmenden Demokratisierung des Staatslebens gemeinsame Aufgabe von Regierung und Parlament sein ⁴⁶³.

Während die Frage in der Lehre immer noch kontrovers ist, hat das Bundesverfassungsgericht in konstanter Rechtsprechung festgehalten, dass die Führung der Aussenpolitik in den Bereich der Regierung und Verwaltung gehöre, der in der parlamentarischen Demokratie der Exekutive übertragen sei, während dem Parlament die Rechtsetzung vorbehalten sei. Nur weil Art. 59 Abs. 2 GG für gewisse Verträge ein Zustimmungsgesetz vorsehe, könne die Legislative durch Mitwirkung in dieser Form in den Zuständigkeitsbereich der Exekutive eingreifen. Ansonsten dürfe der Bundestag nicht selbst regieren und verwalten, sondern nur die Regierung kontrollieren. Missbillige er deren Politik, so könne er dem Bundeskanzler sein Misstrauen aussprechen (Art. 67 GG) und dadurch die Regierung stürzen. Er könne aber nicht selbst die Politik bestimmen ⁴⁶⁴.

125. Fortsetzung. Die „funktionsgerechte Organstruktur“ als Massstab.- Im sogenannten „Pershing-Entscheid“ über die Aufstellung nuklearbestückter amerikanischer Mittelstreckenraketen im Bundesgebiet vom 18. Dezember 1984 hat das Bundesverfassungsgericht das in Art. 20 GG verankerte Gewaltenteilungsprinzip auf Grund des Kriteriums der „funktionsgerechten Organstruktur“ präzisiert ⁴⁶⁵: Es komme darauf an, dass die staatlichen Entscheidungen möglichst richtig getroffen würden, d.h. von den Organen, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügten. *„Die grundsätzliche Zuordnung der Akte des auswärtigen Verkehrs zum Kompetenzbereich der Exekutive beruht auf der Annahme, dass institutionell und auf Dauer typischerweise allein die Regierung in hinreichendem Masse über die personellen, sachlichen und organisatorischen Möglichkeiten verfügt, auf wechselnde äussere Lagen zügig und sachgerecht zu reagieren und so die staatliche Aufgabe, die auswärtigen Angelegenheiten verantwortlich wahrzunehmen, bestmöglich zu erfüllen.“* Dem Parlament kommt

⁴⁶³ vgl. EHRENZELLER, *Legislative Gewalt*, S. 177-179, m. w. Hinw.; FROWEIN/HAHN, S. 61-62; GREWE, S. 937-939, m. w. Hinw.

⁴⁶⁴ BVerfGE 1, 372, 394; aus der neusten Rechtsprechung, s. das Urteil des Zweiten Senats vom 22. November 2001, Absatz-Nr. 149, abrufbar unter www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/frames/es20011122_2bve000699

⁴⁶⁵ BVerfGE 68, 1, 86-87; GREWE, S. 943; STREINZ, *Art. 59*, Rz. 6

dagegen vorwiegend eine Kontrollfunktion zu. Für europa- und verteidigungspolitische Grundsatzentscheidungen hat jedoch ein Verfassungswandel im Sinne der progressiven Lehre stattgefunden, indem das Parlament bei ihrer Gestaltung mitwirkt (n° 130-131).

126. *Die Kompetenzen der Exekutive. Die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident übt repräsentative und notarielle Funktionen aus.*- Es entspricht internationalem Brauch, dass das Staatsoberhaupt den Staat vertritt. Art. 59 Abs. 1 GG setzt die Tradition der Reichsverfassungen von 1849, 1871 und 1919 fort, die ihrerseits auf das *ius repraesentationis omnimodae* der absolutistischen Königinnen und Könige für alle völkerrechtlichen Rechtsakte zurückgehen ⁴⁶⁶. Er lautet:

Der Bundespräsident vertritt den Bund völkerrechtlich. Er schliesst im Namen des Bundes die Verträge mit auswärtigen Staaten. Er beglaubigt und empfängt die Gesandten.

Die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident hat heute aber nur noch repräsentative und notarielle Funktionen ⁴⁶⁷. Sie bzw. er nimmt nicht an der aussenpolitischen Willensbildung teil. Die Verhandlungs- und Entscheidungskompetenz liegt bei der Bundesregierung.

Die Vertretungsbefugnis der Bundespräsidentin gegenüber dem Ausland ist umfassend; der Abschluss von Verträgen mit anderen Staaten, die Beglaubigung und der Empfang von Gesandten sind nur Beispiele für ihre Handlungsbefugnisse, die alle Formalakte der Ratifikation, der Repräsentation und der Deklaration umfassen. Sie ratifiziert also auch Verträge mit ausländischen Organisationen, erklärt die Aufnahme oder den Abbruch diplomatischer Beziehungen und die Anerkennung neuer Staaten, sie schreibt Gruss-, Glückwunsch- und Kondolenzbotschaften und hält Ansprachen, soweit diese im Rahmen der allgemeinen Regierungspolitik bleiben und Stellungnahmen zu parteipolitischen Streitfragen vermeiden ⁴⁶⁸. Ein weiteres Beispiel der Vertretungsbefugnis des Bundespräsidenten ist in Art. 115a Abs. 5 und 115l Abs. 2 GG mit der Zuständigkeit für völkerrechtliche Erklärungen über das Bestehen des Verteidigungsfalles genannt.

Angesichts der Fülle der auswärtigen Kontakte kann der Bundespräsident heute nicht mehr alle völkerrechtlichen Akte selbst vornehmen. Die Bundesrepublik wird daher häufig von Regierungsmitgliedern vertreten, ohne dass sie dazu vom Bundespräsidenten ermächtigt worden wären. Diese Praxis wird mit einer gewohnheitsrechtlichen oder stillschweigenden Ermächtigung oder Delegation gerechtfertigt ⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶ SCHLAICH, S. 562; STREINZ, *ibid.*, Rz. 1; BERNHARDT, S. 575

⁴⁶⁷ SCHLAICH, S. 562-563; GREWE, S. 943-944

⁴⁶⁸ SCHLAICH, S. 560-561; GREWE, S. 944; GEIGER, S. 128-129

⁴⁶⁹ SCHLAICH, S. 561-562; STREINZ, *Art. 59*, Rz. 9-13

Der notariellen Aufgabe gemäss überprüft die Bundespräsidentin Regierungsakte auf die formelle und materielle Verfassungsmässigkeit. Bei der materiellen Prüfung geniesst sie einen gewissen Gestaltungsspielraum. Sie muss nach herrschender Meinung und geltender Praxis – analog zu den Befugnissen des Notars – nur bei schwerer, offenkundiger Verfassungswidrigkeit die Mitwirkung verweigern, da sie nicht in gleicher Weise wie das Bundesverfassungsgericht zur Bewahrung der Verfassung berufen ist⁴⁷⁰. Verweigert der Bundespräsident auf Grund der vorgenommenen Prüfung die Vornahme des ihm angetragenen Aktes, so kann die Regierung die Frage im Rahmen einer Organstreitigkeit über die Auslegung des Grundgesetzes dem Bundesverfassungsgericht zum Entscheid vorlegen (Art. 93 Abs. 1 GG, Art. 13 Abs. 5 u. 63 ff. BVerfGG)⁴⁷¹.

127. Fortsetzung. Die Bundesregierung bestimmt die Aussenpolitik.- Die Bundesregierung besteht aus der Bundeskanzlerin oder dem Bundeskanzler und aus den Bundesministerinnen und Bundesministern (Art. 62 GG). Die Bundeskanzlerin bzw. der Bundeskanzler bestimmt die Richtlinien der Politik und trägt dafür die Verantwortung. Innerhalb dieser Richtlinien leitet jede Bundesministerin und jeder Bundesminister ihren bzw. seinen Geschäftsbereich selbständig (Art. 65 GG).

Im Bereich der Aussenpolitik ist die Vertragsschlussgewalt die gewichtigste Kompetenz. Deren Schwergewicht liegt bei der Bundesregierung, auch wenn sie in Art. 59 Abs. 1 GG unerwähnt bleibt. Die Initiative zum Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags liegt im Rahmen der Richtlinien der Bundeskanzlerin bzw. des Bundeskanzlers im Regelfall bei der Bundesministerin bzw. beim Bundesminister des Auswärtigen, die oder der auch für die Vertragsverhandlungen und die Unterzeichnung zuständig ist⁴⁷². Die Bundespräsidentin bzw. der Bundespräsident ist der notariellen Funktion gemäss nur zur Erteilung von Verhandlungs- und Unterzeichnungsvollmachten und für die Ratifikation zuständig (n° 126). Auch für einseitige völkerrechtliche Akte (n° 48), wie die Kündigung von Verträgen, die Anbringung von Vorbehalten (n° 91), die Anerkennung von Staaten, die Aufnahme oder den Abbruch von diplomatischen Beziehungen und Abstimmungen in internationalen Organisationen, ist materiell die Regierung zuständig⁴⁷³.

Das Parlament hat aber in bestimmten Fällen ein Mitwirkungs- und Vetorecht und übt eine politische Kontrolle aus, so dass die Regierung nur dann ohne Mitwirkung des Parlaments ein *executive agreement* abschliessen kann, wenn die vertraglich geregelte Materie in ihren innerstaatlichen Kompetenzbereich fällt und es sich nicht um

⁴⁷⁰ SCHLAICH, S. 556 u. 558; BERNHARDT, S. 576

⁴⁷¹ GEIGER, S. 130

⁴⁷² GREWE, S. 946; BERNHARDT, S. 577; EHRENZELLER, *Legislative Gewalt*, S. 207

⁴⁷³ BVerfGE 68, 1, 83 u. 88; EHRENZELLER, *ibid.*, S. 209-214, m. w. Hinw.; FROWEIN/HAHN, S. 72

einen sogenannten politischen Vertrag handelt (*infra*, n° 128-133). Die aussenpolitischen Handlungen der Bundesregierung unterstehen ausserdem der Verfassungsgerichtsbarkeit, doch verfügt sie über einen grossen Ermessensspielraum, auch in der Beurteilung der Frage, ob sie einen Vertrag dem Parlament unterbreiten muss (n° 134). Und wenn das Parlament einem Vertragsschluss zugestimmt hat, so ist die Regierung dadurch nicht juristisch verpflichtet, diesen auch abzuschliessen⁴⁷⁴. Sie könnte dann jedoch politisch unter Druck geraten.

128. Die Legislative. Sie übt eine politische Kontrolle über die Bundesregierung aus.- Die Abgeordneten des *Bundestages* sind die direkt gewählten Vertreterinnen und Vertreter des ganzen Volkes (Art. 38 Abs. 1 GG). Durch den *Bundesrat* wirken die Länder bei der Gesetzgebung und Verwaltung des Bundes und in Angelegenheiten der EU mit; er besteht aus Mitgliedern der Regierungen der Länder, die sie bestellen und abberufen (Art. 50 u. 51 GG; vgl. n° 120). Die Bundesregierung muss Bundestag und Bundesrat zu allen aussenpolitischen Fragen Red und Antwort stehen (Art. 43 Abs. 1, 44 u. 53 GG). Die Parlamentarierinnen und Parlamentarier können durch öffentliche Kritik, Missbilligungs- und Tadelsanträge und Forderungen nach Rücktritt oder Entlassung einer Ministerin oder eines Ministers politischen Druck auf die Regierung ausüben. Der Bundestag kann Haushaltsmittel verweigern (Art. 110 Abs. 3 GG). Äusserstenfalls kann er der Bundeskanzlerin oder dem Bundeskanzler das Misstrauen aussprechen und so die Regierung stürzen (Art. 67 u. 69 Abs. 2 GG)⁴⁷⁵.

129. Fortsetzung. Sie muss politischen und gesetzesinhaltlichen Vertragsschlüssen zustimmen.- Wir haben gesehen, dass gemäss Art. 59 Abs. 2 GG Verträge, welche die politischen Beziehungen des Bundes regeln oder sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen, der Zustimmung oder der Mitwirkung der jeweils für die Bundesgesetzgebung zuständigen Körperschaft in der Form eines Bundesgesetzes bedürfen (n° 88). Die auswärtige Gewalt steht jedoch grundsätzlich der Exekutive zu (n° 127). Deshalb betrachtet das Bundesverfassungsgericht die Bestimmung von Art. 59 Abs. 2 GG als Durchbrechung des Gewaltenteilungssystems und legt sie sehr eng aus⁴⁷⁶:

Politische Verträge im Sinne von Art. 59 Abs. 2 GG liegen vor, wenn „*die Existenz des Staates, seine territoriale Integrität, seine Unabhängigkeit, seine Stellung oder sein massgebliches Gewicht in der Staatengemeinschaft durch den Vertrag selbst*

⁴⁷⁴ FROWEIN/HAHN, S. 66 u. 67

⁴⁷⁵ vgl. das Urteil des Zweiten Senats des BVerfGs vom 22. November 2001, Absatz-Nr. 150, abrufbar unter www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/frames/es20011122_2bve000699; SCHRÖDER, *Bundesregierung*, S. 625; KLEIN, S. 360-362; HERZOG, S. 483-484; OLDIGES, Rz. 30; s. auch GREWE, S. 945

⁴⁷⁶ BVerfGE 1, 351, 369; 1, 372, 394; 68, 1, 83; STREINZ, *Art. 59*, Rz. 24

*berührt werden. Namentlich die Verträge, die darauf gerichtet sind, die Machtstellung eines Staates anderen Staaten gegenüber zu behaupten, zu befestigen oder zu erweitern, sind als politische Verträge in diesem Sinne zu betrachten. Dazu gehören vor allem Bündnisse, Garantiepakete, Abkommen über politische Zusammenarbeit, Friedens-, Nichtangriffs-, Neutralitäts- und Abrüstungsverträge, Schiedsverträge und ähnliche Verträge.“*⁴⁷⁷ Es sind also nur Abkommen von grösserer politischer Relevanz, sogenannte politische Verträge, zustimmungsbedürftig⁴⁷⁸.

Verträge, welche sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen, sind solche, deren Erfüllung den Erlass von Gesetzen erfordert⁴⁷⁹. Ob dies zutrifft, bestimmt sich nach den Verfassungsgrundsätzen des Rechtsstaats und der Gewaltenteilung⁴⁸⁰. Wegen des Erfordernisses einer gesetzlichen Grundlage für jedes staatliche Handeln (sogenannter Gesetzesvorbehalt; Art. 20 Abs. 3 GG) gilt dies für Abkommen, die unmittelbar die Rechte und Pflichten der Bundesbürgerinnen und -bürger berühren, also bei Self-executing-Verträgen, aber auch bei nicht unmittelbar anwendbaren Verträgen, die den Bund zum Erlass von Ausführungsgesetzen verpflichten⁴⁸¹. In diesen Fällen ist ein Bundesgesetz auch dann gefordert, wenn der Bund Verträge über Gegenstände der Landesgesetzgebung abschliesst (vgl. dazu n° 117). Dies ergibt sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus der Entstehungsgeschichte sowie der Stellung von Art. 59 Abs. 2 S. 1, wo „Bundesgesetzgebung“ als Begriffsgegensatz zu „Bundesverwaltung“ in S. 2 gebraucht werde, so dass der Begriff „Bundesgesetzgebung“ nicht als Gegensatz zu „Landesgesetzgebung“ gemeint sei, sondern einzig die Abgrenzung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung bezwecke⁴⁸². Das Zustimmungserfordernis gilt auch dann, wenn das innerstaatliche Recht dem Vertragsinhalt schon entspricht, da das Parlament das Landesrecht nur noch vertragskonform ändern kann, um eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Bundesrepublik zu vermeiden, und insofern in seiner Freiheit eingeschränkt wird⁴⁸³. Ein Zustimmungsgesetz ist schliesslich auch nötig, wenn der Vertrag finanzielle Auswirkungen hat, die im Haushaltplan nicht vorgesehen worden sind, da der Bundeshaushalt durch das Haushaltgesetz festgestellt wird (Art. 110 Abs. 2 GG); das Haushaltrecht gehört zu den wichtigsten Funktionen des Parlaments⁴⁸⁴.

⁴⁷⁷ BVerfGE 1, 372, 380 f.

⁴⁷⁸ BERNHARDT, S. 578-579; STREINZ, *Art. 59*, Rz. 29; EHREZZELLER, *Legislative Gewalt*, S. 193; FROWEIN/HAHN, S. 64

⁴⁷⁹ BVerfGE 1, 372, 389

⁴⁸⁰ STREINZ, *Art. 59*, Rz. 32; vgl. FROWEIN/HAHN, S. 64-65

⁴⁸¹ BVerfGE 49, 89, 126 f.; STREINZ, *ibid.*; GEIGER, S. 135

⁴⁸² STREINZ, *ibid.*, Rz. 33

⁴⁸³ BERNHARDT, S. 579

⁴⁸⁴ STREINZ, *Art. 59*, Rz. 34; BERNHARDT, S. 580

Eng ausgelegt wird Art. 59 Abs. 2 GG sogar vom Bundestag selbst. In Art. 82 Abs. 2 seiner Geschäftsordnung⁴⁸⁵ sieht er vor, dass keine Änderungsanträge zu Verträgen zulässig sind. Das Parlament kann Verträge also nur als Ganzes annehmen oder ablehnen, was damit begründet wird, das einmal ausgehandelte Abkommen nicht mehr einseitig geändert werden können. Es wäre aber immerhin denkbar, dass das Parlament nur unter der Bedingung zustimmt, dass bei der Ratifikation ein Vorbehalt angebracht wird⁴⁸⁶.

Ob das Parlament auch die Initiative ergreifen könnte und gemäss Art. 76 Abs. 1 GG von sich aus ein Zustimmungsgesetz zu einem Vertrag einbringen könnte, ist in der Lehre umstritten. Jedenfalls wurden 1951 keine juristischen Bedenken laut, als die Fraktionen verschiedener Parteien unaufgefordert das Zustimmungsgesetz zur EMRK vorbereiteten. Erst später sprach die Bundesregierung dem Parlament eine solche Kompetenz ab; sicherlich aber geriete die Regierung unter starken politischen Druck, den entsprechenden Vertrag zu ratifizieren, wenn der Bundestag aus eigenem Antrieb ein Zustimmungsgesetz verabschiedete⁴⁸⁷. Tatsächlich hat der Bundestag die Aussenpolitik Deutschlands verschiedentlich beträchtlich beeinflusst: Im Zustimmungsgesetz zum französisch-deutschen Freundschaftsvertrag von 1963 brachte er eine Präambel an, die allerdings nur innenpolitische Wirkung hatte, da sie Frankreich nie notifiziert wurde; und zu den Verträgen, die das Verhältnis mit Polen regeln, hat er Resolutionen verabschiedet, wobei umstritten ist, ob sie eine völkerrechtlich bindende Auslegung oder nur ein ergänzendes Auslegungsmittel nach Art. 31 WVÜ darstellen⁴⁸⁸.

130. Fortsetzung. Ratio; Folgen.- Das Zustimmungserfordernis zu *politischen Verträgen* entspricht der seit dem 19. Jahrhundert zunehmend verbreiteten Ansicht, dass der Abschluss völkerrechtlicher Verträge, die für den Staat besonders bedeutsam sind, nicht allein der Exekutive überlassen bleiben dürfe, sondern die Volksvertretung daran beteiligt werden müsse⁴⁸⁹. Zu diesen Verträgen ist denn auch nur die Zustimmung der Bundestagsabgeordneten als direkt gewählten Repräsentantinnen und Repräsentanten des Volkes gefordert. Der Bundesrat, der die Länderinteressen vertritt, kann dagegen nur Einspruch einlegen, den der Bundestag indes in einer erneuten Abstimmung ablehnen kann (Art. 77 GG)⁴⁹⁰. Vor diesem Hintergrund überzeugt auch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Juli 1994 zu den Auslandseinsätzen

⁴⁸⁵ BGBl. 1998 I 428

⁴⁸⁶ STREINZ, *Art. 59*, Rz. 51; BERNHARDT, S. 580; GEIGER, S. 132; FROWEIN/HAHN, S. 66-67

⁴⁸⁷ FROWEIN/HAHN, S. 66, m. w. Hinw.

⁴⁸⁸ *ibid.*, S. 69-72

⁴⁸⁹ BVerfGE 68, 1, 85; BERNHARDT, S. 577; GREWE, S. 946; GEIGER, S. 131-132; vgl. STREINZ, *Art. 59*, Rz. 22

⁴⁹⁰ BERNHARDT, S. 581; STREINZ, *ibid.*, Rz. 48

der Bundeswehr, welches unter Berufung auf die deutsche Verfassungstradition jeden Einsatz bewaffneter Streitkräfte im Rahmen der NATO, der UNO oder der WEU von der konstitutiven Zustimmung des Bundestages abhängig macht, obschon die Zustimmung des Bundestages zur Einordnung der Bundesrepublik in ein System kollektiver Sicherheit (gemäss Art. 24 Abs. 2 GG) die Beteiligung deutscher Soldaten an militärischen Operationen eigentlich schon mitumfasst ⁴⁹¹. Dieser Parlamentsvorbehalt wird mittlerweile allerdings wegen seiner mangelnden Praktikabilität auch von Abgeordneten kritisiert: Die Entscheidungsprozesse werden durch den Einbezug des Parlaments zeitaufwendiger und komplizierter, wie der Streit um das Afghanistan-Mandat der Bundeswehr Ende 2001 gezeigt hat. Auch sind Missionen denkbar, über die das Parlament aus Sicherheitsgründen erst nachträglich informiert werden sollte. Die CDU-Politiker LAMERS und SCHÄUBLE hatten deshalb im Sommer 2001 eine Debatte über die Aufhebung des Parlamentsvorbehaltes initiiert. Sie stiessen indes in der Regierungsfraktion nicht auf Zustimmung. Doch auch von Seiten der SPD wird inzwischen eine Lockerung gefordert. Der SPD-Abgeordnete BARTELS schlug – in Anlehnung an die Lösung, welche dem Europa-Ausschuss erweiterte Kompetenzen einräumt (n° 132) – vor, das Entscheidungsrecht vom Plenum auf die Ausschüsse für Verteidigung und Auswärtiges zu übertragen. Nach einem anderen Vorschlag sollten in einem Gesetz die Voraussetzungen festgelegt werden, unter denen die Regierung bestimmte Einsätze selbständig anordnen kann ⁴⁹².

Bei *gesetzesinhaltlichen Verträgen* soll das Zustimmungserfordernis verhindern, dass die Kompetenzen des Parlaments – und damit auch der Gesetzesvorbehalt – durch zwischenstaatliche Absprachen der Exekutive ausgehöhlt werden (vgl. n° 88). Wenn bei einer rein innerstaatlichen Regelung die Legislative zuständig wäre, muss diese deshalb auch bei einer völkerrechtlichen Regelung desselben Gegenstandes dem Vertrag zustimmen ⁴⁹³. Wie bei allen landesrechtlichen Gesetzen ist somit die Zustimmung des Bundestags generell erforderlich (Art. 77 Abs. 1 GG), während der Bundesrat durch Einspruch, den der Bundestag überstimmen kann, oder – in den von der Verfassung angeordneten, je nach Zählung 30 bis 40 Fällen – durch Zustimmung mitwirkt (Art. 77 Abs. 3 GG) ⁴⁹⁴. Im Falle der Mitwirkung durch Zustimmung hat ein ablehnender Entscheid des Bundesrates die Wirkung eines Vetos, das der Bundestag nicht überstimmen kann (Art. 78 GG); solche Zustimmungsgesetze betreffen Gegenstände im besonderen Länderinteresse, wie die den Länder zufließenden Steuern (Art. 105 Abs. 3 GG), den Finanzausgleich (Art. 104a Abs. 4, 106 Abs. 5 u. 6, 107

⁴⁹¹ BVerfGE 90, 286, 381; STREINZ, *Art. 24*, Rz. 75-76; BADURA, S. 554

⁴⁹² ERICH GUJER, *Karlsruhe stärkt die deutsche Regierung. Urteil des Verfassungsgerichts zur Aussenpolitik*, NZZ Nr. 273 vom 23. November 2001, S. 3

⁴⁹³ BVerfGE 1, 372, 390; 36, 1, 13; ZULEEG, S. 239; IPSSEN, S. 1096 u. 1098; BERNHARDT, S. 579 u. 580; GREWE, S. 947; STREINZ, *Art. 59*, Rz. 21 u. 34; GEIGER, S. 135

⁴⁹⁴ vgl. BVerfGE 1, 74, 79; 37, 363, 381; HERZOG, S. 492

Abs. 1 GG), Eingriffe in die Behördenorganisation und das Verwaltungsverfahren der Länder (Art. 84 Abs. 1, 85 Abs. 1, 108 Abs. 2, 4 u. 5 GG) sowie Änderungen des Grundgesetzes (Art. 79 Abs. 2 GG) und die Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU (Art. 23 Abs. 1).

Aus der Ratio des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG ergibt sich auch, dass das Zustimmungs- und Mitwirkungserfordernis nicht nur für den Abschluss von Verträgen, sondern auch für deren Änderung gilt, sowie für alle einseitigen Akte, die völkerrechtliche Bindungen erzeugen: Erklärung und Annahme von Vorbehalten (n° 91), Anerkennung von Ansprüchen, Versprechen, Zustimmung (vgl. n° 48). Einseitige Akte, die Bindungen aufheben, kann die Regierung dagegen in eigener Kompetenz vornehmen. Sie kann also ohne Einbezug des Parlaments einen Vertrag kündigen oder suspendieren⁴⁹⁵. Ausserdem kann sie völkerrechtliche Verträge ohne die Mitwirkung des Parlaments fortentwickeln, solange dies keine Vertragsänderung darstellt⁴⁹⁶.

131. Fortsetzung. Die Legislative wirkt in Angelegenheiten der EU mit.- Wir haben gesehen, dass der Entscheid zur supranationalen Öffnung bereits von der verfassungsgebenden Gewalt gefällt wurde, weshalb die Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen durch einfaches Gesetz erfolgt (n° 100). Es handelt sich dabei um ein Einspruchsgesetz; die Zustimmung des Bundesrates ist mangels besonderer Verfassungsvorschrift nicht erforderlich (Art. 77 Abs. 3 GG)⁴⁹⁷. Wir haben auch gesehen, dass dann aber für die Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU angesichts des grossen Einflusses dieses Schritts auf die innerstaatliche Gewaltenteilung mit Art. 23 Abs. 1 GG das Erfordernis der Zustimmung des Bundesrates und der verfassungsändernden Mehrheit eingeführt wurde (n° 101). Diese Massnahmen schienen aber nicht ausreichend, um den wachsenden Einfluss der Bundesregierung auszugleichen, der durch die Kompetenzübertragung auf die EU entstehen würde, weil nur die Bundesregierung – insbesondere über den Rat – in den Gemeinschaftsorganen mitwirkt⁴⁹⁸. Zudem erkannte man, dass die europäische Integration nicht wie die übrigen auswärtigen Angelegenheiten behandelt werden kann, sondern ein Bestandteil innerstaatlicher Politik ist, woran Parlament und Länder entsprechend beteiligt werden müssen.

Dies führte zur Einfügung der Abs. 2-7 des Art. 23 GG; die Einzelheiten sind im Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in

⁴⁹⁵ STREINZ, *Art. 59*, Rz. 38-46; BERNHARDT, S. 580-581; GEIGER, S. 132 u. 136-137

⁴⁹⁶ Urteil des Zweiten Senats des BVerfGs vom 22. November 2001, Absatz-Nr. 148, abrufbar unter www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/frames/es20011122_2bve000699

⁴⁹⁷ GEIGER, S. 142

⁴⁹⁸ STREINZ, *Art. 23*, Rz. 5

Angelegenheiten der Europäischen Union vom 12. März 1992 (ZEUBBG)⁴⁹⁹ und im (in n° 119 erwähnten) ZEUBLG geregelt.

Nach Art. 23 Abs. 2 GG wirken in EU-Angelegenheiten der Bundestag und durch den Bundesrat die Länder mit; die Bundesregierung hat den Bundestag und den Bundesrat umfassend und zum frühestmöglichen Zeitpunkt zu unterrichten. Die Mitwirkung der Legislative, insbesondere des Bundesrates als Ländervertretung, geht deutlich über die sonstige Beteiligung an der Aussenpolitik hinaus⁵⁰⁰. Zur Bewältigung der Informationsflut hat der Bundestag einen Europa-Ausschuss und der Bundesrat eine Europakammer gebildet (Art. 45 u. 53 Abs. 3a GG).

132. Fortsetzung. Mitwirkung des Bundestages.- Gemäss Art. 23 Abs. 3 GG gibt die Bundesregierung dem Bundestag Gelegenheit zur Stellungnahme vor ihrer Mitwirkung an Rechtssetzungsakten der EU, d.h. schon bei Vorhaben, nicht erst vor einem konkreten Mitwirkungsakt. Sie muss die Stellungnahme des Bundestages bei den Verhandlungen im Rat berücksichtigen. Damit wird ihr zwar keine rechtliche Bindung auferlegt, doch ist sie verpflichtet, sich mit der Stellungnahme zu befassen, den Anliegen des Bundestages Rechnung zu tragen und die eigene Position zu rechtfertigen⁵⁰¹.

Damit der Bundestag seine Mitwirkungsrechte trotz Termindruck effektiv auszuüben vermag, kann er sie an den Europa-Ausschuss delegieren und diesen ermächtigen, für den Bundestag Stellungnahmen abzugeben (Art. 45 GG, Art. 2 ZEUBBG). Durch diese neuartige Form des parlamentarischen Mitregierens soll der Verlust der Gesetzgebungskompetenz ausgeglichen werden, der durch die Einbindung der Bundesrepublik in die Europäische Union eingetreten ist⁵⁰².

133. Fortsetzung. Mitwirkung des Bundesrates.- Auch die Zuständigkeit der Länder wurde durch die europäische Integration geschmälert, was durch eine Ländervertreterin bzw. einen Ländervertreter (Art. 23 Abs. 6 GG; n° 119) sowie mit einem verstärkten Einbezug des Bundesrates wettgemacht werden soll. Der Bundesrat ist an der Willensbildung des Bundes zu beteiligen, soweit er an einer entsprechenden innerstaatlichen Massnahme mitzuwirken hätte – also an jedem Rechtssetzungsakt der Bundesgesetzgebung – oder soweit die Länder innerstaatlich zuständig wären (Art. 23 Abs. 4 GG). In diesen Fällen bezieht die Bundesregierung vom Bundesrat ernannte

⁴⁹⁹ BGBl. 1992 I 311, 1780

⁵⁰⁰ STREINZ, *Art. 23*, Rz. 90-91, m. w. Hinw.; MAUNZ/ZIPPELIUS, S. 429

⁵⁰¹ Art. 5 ZEUBBG, wonach die Bundesregierung die Stellungnahme ihren Verhandlungen zu Grunde legen muss, ist entsprechend verfassungskonform reduzierend auszulegen; STREINZ, *ibid.*, Rz. 99-101

⁵⁰² BADURA, S. 407; STREINZ, *ibid.*, Rz. 94-96

Vertreterinnen und Vertreter der Länder in die Beratungen zu den Vorhaben auf Unionsebene ein (Art. 4 Abs. 1 ZEUBLG) ⁵⁰³.

Auf differenzierte Weise wird die Mitwirkung in Art. 23 Abs. 5 GG geregelt: Wenn im Bereich der ausschliesslichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes *Interessen* der Länder berührt sind, sowie wenn der Bund „im übrigen“ das Recht zur Gesetzgebung hat, d.h. in der konkurrierenden und der Rahmengesetzgebung (vgl. Art. 72, 74 u. 75 GG), muss die Bundesregierung die Stellungnahme des Bundesrates *berücksichtigen* (s. dazu n° 132). Wenn die Stellungnahme des Bundesrates nicht mit der Stellungnahme des Bundestages übereinstimmt, hat die Bundesregierung beide Positionen gleichermassen zu berücksichtigen; da die Entscheidung bei ihr liegt, bereitet dies keine Probleme ⁵⁰⁴.

Wenn sich die Rechtsetzung der EU dagegen unmittelbar auf die *Gesetzgebungsbefugnisse* der Länder, ihre Verwaltungsorganisation oder ihrer Verwaltungsv erfahren auswirkt, ist bei der Willensbildung des Bundes die Auffassung des Bundesrates „*massgeblich zu berücksichtigen*“ ⁵⁰⁵: Dabei ist allerdings – vom Bundesrat wie von der Bundesregierung ⁵⁰⁶ – die gesamtstaatliche Verantwortung des Bundes zu wahren, und in Angelegenheiten, die zu Ausgabenerhöhungen oder Einnahmeminderungen für den Bund führen können, ist die Zustimmung der Bundesregierung erforderlich. Stimmen die Auffassungen von Bundesregierung und Bundesrat nicht überein und kommt nach nochmaliger Beratung der Regierung mit Vertretern der Länder ein Einvernehmen nicht zu Stande, kann sich der Bundesrat nach Art. 5 Abs. 2 ZEUBLG mit einer *Zweidrittelmehrheit* gegen die Regierung *durchsetzen*. Die Verfassungsmässigkeit dieser Bestimmung ist allerdings umstritten, geht ein Letztentscheidungsrecht des Bundesrates doch über die Verpflichtung zur „massgeblichen Berücksichtigung“ hinaus ⁵⁰⁷. Unbestritten ist, dass die Ansicht des Bundesrates derjenigen des Bundestags im Konfliktfall vorgeht ⁵⁰⁸.

Die Mitwirkungsrechte des Bundesrates vermögen den Kompetenzverlust der Länder, insbesondere der Länderparlamente (vgl. n° 119-120), nicht zu kompensieren, doch scheinen sie angesichts der zu bewältigenden Aufgabenflut und der durch den gemeinschaftlichen Rechtsetzungsprozess vorgegebenen Fristen die beste Lösung zur Beteiligung der Länder darzustellen ⁵⁰⁹.

⁵⁰³ vgl. STREINZ, *ibid.*, Rz. 103; SCHWEIZER/BRUNNER, S. 23-24, 26-33; STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 183-190

⁵⁰⁴ STREINZ, *ibid.*, Rz. 105

⁵⁰⁵ BADURA, S. 424-425; STREINZ, *ibid.*, Rz. 107-109

⁵⁰⁶ STREINZ, *ibid.*, Rz. 111

⁵⁰⁷ vgl. *ibid.*, Rz. 110-113, m. w. Hinw.

⁵⁰⁸ *ibid.*, Rz. 108

⁵⁰⁹ *ibid.*, Rz. 97, m. w. Hinw.; SCHWEIZER/BRUNNER, S. 17-18

134. *Die Judikative. Das Bundesverfassungsgericht überprüft die Verfassungsmässigkeit der Akte der auswärtigen Gewalt.*- Das Bundesverfassungsgericht nimmt auch im Bereich der auswärtigen Gewalt seine Rolle als Hüter der Verfassung vollumfänglich wahr. Kein *act of state*, keine *political question* ist seiner Zuständigkeit entzogen (n° 96). Es überprüft die Geltung und Anwendung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts (n° 86-87), kontrolliert die Verfassungsmässigkeit völkerrechtlicher Abkommen (n° 96-97), überprüft die Übertragung von Hoheitsrechten und – eingeschränkt – auch die Erlasse der EU (n° 106-107); es überprüft, ob die verfassungsmässigen Verbands- und Organkompetenzen respektiert wurden (n° 123, 135). Es trägt damit zur Durchsetzung und Weiterentwicklung des Völkerrechts bei (vgl. n° 16). Wichtige aussenpolitische Entscheidungen der Bundesrepublik führten so zu spektakulären Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht: der Europäische Verteidigungsgemeinschafts- und der Deutschland-Vertrag ⁵¹⁰; das Statut der Saar ⁵¹¹; die Verträge von Moskau und Warschau ⁵¹²; der Grundlagenvertrag mit der DDR ⁵¹³; die Zustimmung der Bundesregierung zur Aufstellung von amerikanischen Pershing-Raketen ⁵¹⁴; der Vertrag von Maastricht ⁵¹⁵. Dabei gesteht das Bundesverfassungsgericht jedoch den politischen Organen einen grossen Ermessensspielraum zu (n° 96). Im Allgemeinen wird denn auch anerkannt, dass die verfassungsrichterliche Kontrolle der auswärtigen Gewalt weder zu einer Verrechtlichung der Aussenpolitik noch zu einer politischen Polarisierung geführt hat, sondern als mässigender Faktor zur Konsensförderung beiträgt ⁵¹⁶.

135. *Fortsetzung. Verfassungsgerichtliche Sicherung der Kompetenzverteilung.*- Streitigkeiten um die Kompetenzen der obersten Bundesorgane, z.B. über die Zustimmungs- und Mitwirkungsrechte des Bundestages und des Bundesrates, können im Verfahren der Organstreitigkeit dem Bundesverfassungsgericht zum Entscheid vorgelegt werden (Art. 93 Abs. 1 Ziff. 1 GG in Verbindung mit Art. 13 Ziff. 5 u. Art. 63-67 BVerfGG) ⁵¹⁷.

⁵¹⁰ BVerfGE 1, 396, 397; 2, 79; das Verfahren kam in Folge der vom Bundestag am 26. März 1954 beschlossenen Änderung des Art. 79 Abs. 1 GG nicht zum Abschluss

⁵¹¹ BVerfGE 4, 157 (Urteil vom 4. Mai 1955)

⁵¹² BVerfGE 40, 141 (Beschluss vom 7. Juli 1975)

⁵¹³ BVerfGE 36, 1 (Urteil vom 31. Juli 1973)

⁵¹⁴ BVerfGE 68, 1 (Urteil vom 18. Dezember 1984)

⁵¹⁵ BVerfGE 89, 155 (Urteil vom 12. Oktober 1993)

⁵¹⁶ GREWE, S. 969, m. w. Hinw.

⁵¹⁷ vgl. GEIGER, S. 154; STREINZ, *Art.* 23, Rz. 120; STURM, Rz. 31-41

3. Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung

136. *Stärkung der Bundesregierung und des Bundesverfassungsgerichts.*- Völkerrecht ist immer noch zu einem guten Teil Regierungsrecht. Das Grundgesetz zieht die innerstaatlich zuständigen Organe zwar in differenzierter Weise in die Bildung und Anwendung von völkerrechtlichen Normen in ihrem Kompetenzbereich mit ein, gesteht der Bundesregierung und dem Bundesverfassungsgericht aber doch mehr Einfluss zu als dem Bundesparlament und den Ländern. Mit dem Anwachsen der Bedeutung völkerrechtlicher Regelungen wächst damit auch das innerstaatliche Gewicht der Bundesregierung und des Bundesverfassungsgerichts.

a) Einfluss der allgemeinen Regeln des Völkerrechts

137. *Besonders die Bundesorgane beeinflussen die Bildung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts, ...*- Wir haben gesehen, dass alle Staatsorgane an der Bildung von Gewohnheitsrecht beteiligt sind (n° 16). Das hat auch das Bundesverfassungsgericht bestätigt. Im Botschaftskonto-Fall (n° 78) ⁵¹⁸ führte es aus, dass bei der Ermittlung von Normen des Völkergewohnheitsrechts zwar in erster Linie auf das völkerrechtserhebliche Verhalten derjenigen Staatsorgane abzustellen sei, die den Staat im völkerrechtlichen Verkehr repräsentieren. Daneben seien aber auch die Akte anderer Staatsorgane wie des Parlaments oder der Gerichte erheblich. Für nationale Gerichtsentscheide gelte dies insbesondere, wenn das innerstaatliche Recht den nationalen Gerichten die unmittelbare Anwendung von Völkerrecht gestatte. In Deutschland ist dies der Fall (n° 79).

Da aber Aussenpolitik Bundessache ist (n° 113), hat der Bund mehr Möglichkeiten als die Länder, um die Gestaltung des Gewohnheitsrechts über externe Akte zu beeinflussen, insbesondere durch die grundsätzlich für die Aussenpolitik zuständige Bundesregierung (n° 124) ⁵¹⁹. Auch über interne Akte ist der Bundeseinfluss grösser, da die meisten völkerrechtlich relevanten Angelegenheiten, wie z.B. die Staatsangehörigkeit, die Freizügigkeit, die Ein- und Auswanderung und die Auslieferung oder auch der Luftverkehr ausschliesslich auf Bundesebene geregelt sind (Art. 73 GG). Und weil höchstrichterliche Entscheidungen mehr Beachtung finden als solche von Vorinstanzen (vgl. n° 16), ist der Einfluss der Bundesgerichte ungleich grösser als derjenige der Länderinstanzen. In Bezug auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Prinzipien der

⁵¹⁸ BVerfGE 46, 342, 367-368; vgl. auch GEIGER, S. 77

⁵¹⁹ FROWEIN/HAHN, S. 74

Gerechtigkeit oder juristischen Logik (n° 24) kann man dagegen kaum sagen, ein bestimmtes Staatsorgan beeinflusse deren Bildung besonders.

138. ... *doch ist der Einfluss begrenzt.*- Auch wenn Aussenpolitik grundsätzlich Regierungssache ist, bestimmt die Bundesregierung doch nicht alleine das gewohnheitsrechtlich relevante Verhalten Deutschlands. Und selbst wenn ein einzelnes Staatsorgan – z.B. die Bundesregierung – im Einzelfall besonders an der Schaffung des Gewohnheitsrechts beteiligt ist, kann es im Allgemeinen keinen massgeblichen Einfluss auf dessen Ausgestaltung nehmen: Das internationale Gewohnheitsrecht ist das Ergebnis einer langandauernden, als rechtlich verbindlich anerkannten Praxis der Staatengemeinschaft (n° 10-13). Der einzelne Staat kann die Bildung des Gewohnheitsrechts wohl mehr oder weniger beeinflussen – je nach dem ob es sich um allgemeines oder partikuläres Gewohnheitsrecht handelt, ob der Staat grosses oder kleines politisches Gewicht hat –, er kann aber die gewohnheitsrechtlichen Normen nicht alleine schaffen (n° 9). Allenfalls kann ein Staat, wenn er die Voraussetzungen zum *objecteur persistant* erfüllt, die Anwendung einer neuen gewohnheitsrechtlichen Regel gegen sich verhindern (n° 20). Der Einfluss auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze ist noch viel beschränkter, selbst wenn man von einem bestimmenden Einfluss z.B. der Gerichte oder des Parlament ausgehen würde, da diese allen grösseren Rechtssystemen gemeinsam sein müssen (n° 29).

139. *Einfluss der allgemeinen Regeln des Völkerrechts auf die Kompetenzen aller Staatsorgane, insbesondere des Parlaments.*- Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts erlangen ohne innerstaatlichen Akt landesrechtliche Geltung und Anwendung, wobei sie einfachen Bundesgesetzen vorgehen (n° 77, 79, 84). Sie schränken damit insbesondere die Kompetenzen des Bundesparlaments ein, dessen einfache *Gesetze* unanwendbar sind, wenn sie gegen diese verstossen (n° 85). Um sich gegen allgemeine Regeln des Völkerrechts durchzusetzen, müsste es ein verfassungsänderndes Gesetz verabschieden, was einer qualifizierten Zustimmung von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundestages und zwei Dritteln der Stimmen des Bundesrates bedarf (Art. 79 Abs. 2 GG). Auch die Bundesregierung wird in ihrer Handlungsfreiheit eingeschränkt, wo sie unmittelbar auf das Grundgesetz gestützte Kompetenzen besitzt, also z.B. in der Aussenpolitik (n° 127), aber auch, wo sie die Gesetze vollzieht, Rechtsverordnungen erlässt (Art. 80 GG) und Verwaltungsakte vornimmt. Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts sind für die Länder verbindlich und greifen so auch in deren Zuständigkeiten ein. Für die Gerichte stellen die allgemeinen Regeln des Völkerrechts eine zusätzliche Normenstufe zum Landesrecht dar, die sie beachten müssen. Diese Bindung aller Organe an die allgemeinen Regeln des Völkerrechts war von der historischen verfassungsgebenden Gewalt gewollt (n° 75 u. 81).

140. Monopol des Bundesverfassungsgerichts zur Feststellung des Völkergewohnheitsrechts.- Das Bundesverfassungsgericht entscheidet im Streitfall mit Gesetzeskraft über die Geltung und direkte Anwendbarkeit der allgemeinen Regeln des Völkerrechts (Art. 100 Abs. 2 GG; s. n° 86-87). Hierbei haben die Gerichte einen grösseren Entscheidungsspielraum als bei der Auslegung innerstaatlicher Normen, insbesondere weil der Inhalt des Gewohnheitsrechts oft unklar ist (n° 9). Das Bundesverfassungsgericht nimmt damit bei der innerstaatlichen Umsetzung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts gegenüber allen anderen Bundesorganen eine äusserst gewichtige Stellung ein. Das besonders betroffene Bundesparlament kann zwar – ebenso wie die Bundesregierung – im Verfahren seinen Standpunkt äussern, aber eine Entscheidung, die ein von ihm erlassenes Gesetz unanwendbar macht, nicht verhindern. Möchte es eine bestimmte Vorschrift gegen allgemeine Regeln des Völkerrechts durchsetzen, müsste es diese auf Verfassungsstufe ansiedeln (n° 139). Die Länder werden nicht angehört, obwohl auch sie betroffen sein können.

141. Schlussfolgerung: Einflussgewinn von Bundesregierung und Bundesverfassungsgericht zu Lasten von Parlament und Ländern.- Zusammengefasst ist festzuhalten, dass grundsätzlich alle Staatsorgane die Entwicklung des Völkergewohnheitsrechts beeinflussen können – wobei im Falle der allgemeinen Regeln des Völkerrechts kaum von einem bestimmenden Einfluss der Staatsorgane gesprochen werden kann – und alle Staatsorgane von den allgemeinen Regeln des Völkerrechts in ihren Kompetenzen betroffen werden können. Da das Bundesverfassungsgericht über die Geltung und Anwendbarkeit der allgemeinen Regeln des Völkerrechts mit Gesetzeskraft entscheiden kann, tragen diese zu einer Erweiterung seines Einflusses zu Lasten des Parlaments bei. Allerdings könnte sich dieses mit einer Norm auf Verfassungsstufe gegen die allgemeinen Regeln des Völkerrechts durchsetzen. Die Länder vermögen das Völkergewohnheitsrecht wegen ihrer eingeschränkten aussenpolitischen oder aussenpolitisch relevanten Kompetenzen am wenigsten zu beeinflussen, können aber ebenso wie die Bundesorgane von dessen Regelungen betroffen sein. Für die Länder bedeutet das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht somit am meisten eine Einschränkung ihrer Kompetenzen.

b) Einfluss der völkerrechtlichen Verträge

142. Kompetenzgewinn des Bundes, aber ausgeglichene Lösung.- Der am 14. November 1957 mit dem Lindauer Abkommen abgeschlossene *modus vivendi* erlaubt es dem Bund, unter gewissen Bedingungen Verträge abzuschliessen, die Bestimmungen enthalten, für deren Erlass eventuell ausschliesslich die Länder

zuständig wären (n° 117). Da völkerrechtliche Verträge dem Recht der Länder vorgehen (n° 92), können diese so durch eine völkerrechtliche Vereinbarung eine innerstaatliche Regelungsbefugnis verlieren. Im klar ausschliesslichen Zuständigkeitsbereich der Länder muss der Bund aber die Zustimmung der Länder einholen. Hat er dies unterlassen, können die Länder die landesrechtliche Umsetzung verweigern, womit sie im dualistischen Deutschland keine landesrechtliche Geltung erlangen. Und immer, wenn wesentliche Interessen der Länder berührt sind, muss er sie anhören. Das Lindauer Übereinkommen trägt sowohl dem Bedürfnis, nach aussen mit einer Stimme zu sprechen und die Fähigkeit des Bundes zur Aussenpolitik zu wahren, als auch den Kompetenzen der Länder in ausgewogener Weise Rechnung⁵²⁰. Dass diese bei einer zunehmenden Bedeutung internationaler Abkommen Kompetenzen einbüßen, vermag es aber nicht zu verhindern. Zudem ist die Beteiligung innerhalb der Länder exekutivlastig (n° 117, 119, 120; wie in der Schweiz, s. n° 500; vgl. auch die USA, wo die Gliedstaaten keine Mitwirkungsrechte haben: hier betreiben sowohl die Gouverneure als auch die Parlamente der Gliedstaaten Lobbying, n° 276).

143. Kongruenz von innen- und aussenpolitischen Kompetenzen im Bund; grösserer Einfluss der Regierung.- Da ein völkerrechtlicher Vertrag erst durch den Rechtsakt des innerstaatlich zuständigen Organs innerstaatliche Geltung erlangt und den Rang dieses Aktes im landesrechtlichen Normgefüge teilt (n° 92), wird die Kongruenz der aussen- und innenpolitischen Befugnisse im Prinzip gewahrt. Die Vertragsschlussgewalt liegt jedoch schwergewichtig bei der Bundesregierung (n° 127), so dass diese einen grösseren Einfluss auf die Bildung von Vertragsnormen hat als die anderen Organe.

Das Parlament ist an den Vertragsverhandlungen nicht beteiligt, und es kann keine Änderungsvorschläge anbringen. Das Gewicht der Regierung bei der Gestaltung völkervertragsrechtlicher Normen ist somit ungleich grösser als bei der landesrechtlichen Gesetzgebung. Durch das Zustimmungserfordernis des Parlaments zu politischen und zu gesetzesinhaltlichen Verträgen ist jedoch sichergestellt, dass die Regierung weder politische Weichenstellungen von grösserer Tragweite noch innerstaatliche Gesetzesakte unter Umgehung der parlamentarischen Kontroll- und Gesetzgebungskompetenzen durch völkerrechtliche Verträge vornehmen kann (n° 130). Die zurückhaltende Anerkennung der direkten Anwendbarkeit durch die deutschen Gerichte sowie die Möglichkeit des Parlaments, in für die Gerichte bindender Weise die Anwendbarkeit der Verträge festzulegen (n° 91, n° 130 *in fine*), wirkt sich ebenfalls zu Gunsten der Kompetenzen der Legislative aus (n° 91). Und da die Verträge nicht Gesetzesvorrang geniessen, kann sich das Parlament gegen unliebsame Verträge durch den nachträglichen Erlass eines diesen ausdrücklich korrigierenden Gesetzes durchsetzen (n° 92). Zudem kann es die Regierung durch Fragen und politischen Druck

⁵²⁰ vgl. STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 197-198

beeinflussen und durch die Verweigerung von Haushaltsmitteln sowie, als letztes Mittel, durch eine Misstrauensabstimmung in die Schranken weisen (n° 128) ⁵²¹. Die deutsche Legislative verfügt somit insgesamt über genügend Möglichkeiten, um Kompetenzaushöhlung durch von der Exekutive initiierte Verträge zu verhindern ⁵²².

Das Bundesverfassungsgericht kann seine Rolle als Hüter der Verfassung auch gegenüber Vertragsnormen vollumfänglich wahrnehmen. Es wacht über die Einhaltung der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung (n° 123 u. 133), und es überprüft die Verfassungsmässigkeit der Vertragsnormen; hierbei legt sich das Bundesverfassungsgericht bei politischen Wertungen äusserste Zurückhaltung auf (n° 96), was es jedoch auch bei innenpolitischen Angelegenheiten so hält ⁵²³.

c) Einfluss des Gemeinschaftsrechts

144. *Stärkung des Bundes und der Exekutiven der Länder.*- Das Recht der EU gilt innerstaatlich ohne weiteres (n° 102), seine Justiziabilität wird grosszügig anerkannt (n° 103), und es geniesst Vorrang vor dem Landesrecht, auch dem Grundgesetz, soweit die Grundrechte, die Demokratie und die Rechtsstaatlichkeit nicht aufgehoben werden (n° 105-106), kurz: Die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften gehen den landesrechtlichen vor. Die an seiner Bildung vorwiegend beteiligten Organe des Staates gewinnen damit innerstaatlich an Gewicht.

Die *Länder* verloren in einigen Bereichen Kompetenzen an die EU, was durch den Einbezug von Ländervertreterinnen und -vertretern in den Beratungsgremien der EU und neue Mitwirkungsrechte des Bundesrates zwar nicht ausgeglichen wird, es den Ländern aber immerhin erlaubt, den Willensbildungsprozess in der EU bei ihre Interessen berührenden Vorhaben wirksam zu beeinflussen (n° 119, 133) ⁵²⁴. Zu erwähnen ist insbesondere Art. 5 Abs. 2 ZEUBLG, wonach die von zwei Dritteln des Bundesrates geteilte Auffassung über EU-Akte im Gesetzgebungskompetenzbereich der Länder für die Regierung verbindlich ist; ob diese Bestimmung vor dem Grundgesetz Stand hält, ist jedoch wie erwähnt umstritten. Konkret sind v.a. die Länderkompetenzen im Bereich der Landwirtschaft, ihre Kulturhoheit – speziell die Bildungspolitik (insbesondere der Bereich der Berufsqualifikation), Rundfunk und Fernsehen sowie die Forschungs- und Technologiepolitik – und die Umweltpolitik von EU-Regelungen betroffen; auch in die Vollzugshoheit der Länder greift das Gemeinschaftsrecht bisweilen ein, so beim öffentlichen Beschaffungswesen. Problematisch ist zudem die

⁵²¹ vgl. FROWEIN/HAHN, S. 73

⁵²² vgl. *ibid.*, S. 76-77

⁵²³ BVerfGE 36, 1, 14; MAUNZ/ZIPPELIUS, S. 349-351, m. w. Hinw.

⁵²⁴ GERBER, S. 121; SCHWEIZER/BRUNNER, S. 19, 34-36; STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 198

Exekutivlastigkeit der Länderbeteiligung. Diese wird ausschliesslich durch die Landesregierungen wahrgenommen (n° 119-120). Auch innerhalb der Länder gewannen also die Exekutiven durch die EU-Mitgliedschaft an Macht ⁵²⁵.

145. *Stärkung der Bundesregierung*.- Auch die *Bundesregierung* wird durch die Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU in ihrer Entscheidungsfreiheit eingeschränkt (n° 111). Da sie jedoch in den Gemeinschaftsorganen, insbesondere im Rat, mitwirkt ⁵²⁶, gewann sie gegenüber den anderen Bundesorganen an Gewicht. Dies gilt insbesondere auch für die *Verwaltung*, da nach der Rechtsprechung alle innerstaatlichen Organe gemeinschaftswidriges Landesrecht nicht anwenden dürfen (n° 109). Die Verwaltung hat damit die Kompetenz gewonnen, Gesetze des Bundestages zu überprüfen, richtlinienkonform auszulegen und gegebenenfalls nicht anzuwenden ⁵²⁷.

Deshalb wurden die Kompetenzen des *Parlaments* gestärkt (n° 131-132). Die Bundesregierung muss den Bundestag vor ihrer Mitwirkung an Rechtssetzungsakten der EU konsultieren. Die Stellungnahme des Bundestags ist jedoch rechtlich nicht bindend für die Regierung. Auch wird er seine Mitwirkungsrechte angesichts der Erlassflut oftmals an den eigens geschaffenen Europa-Ausschuss delegieren müssen. Es erscheint damit fraglich, ob die neue Form des parlamentarischen Mitregierens eine Verschiebung des Kräftegleichgewichts auf die Regierung auszugleichen vermag. Dabei ist das Gewicht des Gemeinschaftsrechts natürlich beträchtlich: Untersuchungen haben gezeigt, dass jedes zweite Gesetz auf eine Vorschrift der EU zurückzuführen ist. Im Bereich des Wirtschafts-, Sozial- und Steuerrechts hatten vor Inkrafttreten des Maastrichter Vertrags fast 80 % der Gesetze ihren Ursprung in einer EU-Norm ⁵²⁸.

Hält ein Gericht ein Gesetz für gemeinschaftswidrig, so darf es damit nicht wie im Falle einer vermuteten Verfassungswidrigkeit das Bundesverfassungsgericht befassen, sondern muss die Frage dem Europäischen Gerichtshof vorlegen (n° 109). Das *Bundesverfassungsgericht* hat somit nicht mehr das Monopol, über die Gültigkeit der deutschen Gesetze zu entscheiden.

⁵²⁵ GERBER, *ibid.*; SCHWEIZER/BRUNNER, S. 36-37

⁵²⁶ vgl. Art. 146/203 n. F. I EGV; zur Bestellung der Kommission vgl. Art. 158/214 n. F. II 1, 2 EGV, zur Ernennung der Richterinnen und Richter und Generalanwältinnen und -anwälte Art. 167/223 n. F. I HS. 2 EGV; STREINZ, *Art. 23*, Rz. 5

⁵²⁷ vgl. SCHRÖDER, *Einwirkungen*, S. 62-63

⁵²⁸ FRITZ OSSENBUHL, *Maastricht und das Grundgesetz*, DVBl. 1993, S. 631; vgl. auch SCHRÖDER, *ibid.*, S. 56-57, 60-62

B. Frankreich

146. *Starke Exekutive, schwaches Parlament.*- Die Verfassung der V. Republik vom 4. Oktober 1958 ist vom gaullistischen Staatsverständnis geprägt: Sie sieht eine starke Rolle der Präsidentin bzw. des Präsidenten und die Zurückbindung des Parlaments vor, und sie betont die nationale Souveränität, die indes so verstanden wird, das sich Frankreich der Völkerrechtsordnung unterordnet (n° 147-149, 175). Mit einer zunehmenden Wichtigkeit völkerrechtlicher Normen, verbunden mit der Dominanz der Exekutive in der Aussenpolitik, wird die Rolle des Parlaments weiter geschwächt (n° 186-193). In Bezug auf die EU ermöglichte eine Verfassungsrevision von 1992 zwar einen gewissen Einbezug des Parlaments in den Erlass von gesetzesinhaltlichem sekundärem Gemeinschaftsrecht, doch ist dieser ungenügend (n° 194). Die Gerichte nahmen gegenüber dem Völkerrecht lange eine vorsichtige Haltung ein, was sich unter dem Einfluss der EMRK und des Gemeinschaftsrechts gewandelt hat (n° 160-162, 166-168).

1. Die innerstaatliche Stellung des Völkerrechts

147. *Verfassungsrechtliche Grundlagen; Monismus.*- In Bezug auf die völkerrechtlichen Beziehungen enthielten die Verfassungen der I. Republik (1793-1799) und der II. Republik (1848-1851) neben Bestimmungen über Kriegführung und Gebietsabtretungen nur eine Regelung der Zuständigkeit zu Vertragsschluss, die Sache der Regierung, und Ratifikation, die Sache des Parlaments war. Auch die Verfassung der III. Republik (1871-1940) behielt diese Ordnung bei, wobei die parlamentarische Zustimmung nur noch bei bestimmten Abkommen nötig war⁵²⁹. Erst die Nachkriegsverfassung der IV. Republik (1946-1958) befasste sich auch mit der Anwendung und dem Rang der Verträge und deklarierte in der Präambel die Respektierung des Völkerrechts durch die französische Republik (vgl. n° 148)⁵³⁰. Die unter General CHARLES DE GAULLE ausgearbeitete Verfassung der V. Republik vom 4. Oktober 1958 ist diesem Beispiel gefolgt, doch ist der Internationalismus etwas zurückgegangen, indem nun in der

⁵²⁹ s. Art. 331 u. 333 der *Constitution de la République française du 5 Fructidor an III* (22. August 1795), Art. 53 der Verfassung vom 4. November 1848 und Art. 8 der *Loi constitutionnelle sur les rapports des Pouvoirs publics* vom 16. Juli 1875, wiedergegeben PACTET, S. 239, 265 u. 281; vgl. auch CASSESE, S. 354-356

⁵³⁰ Art. 26 und 28, sowie Präambel, Abs. 14, der Verfassung vom 27. Oktober 1946, abgedruckt in PACTET, S. 306 u. 10, sowie abrufbar unter www.legifrance.gouv.fr/html/frame_constitution.htm

Präambel nicht mehr auf die Beachtung des Völkerrechts, sondern – einem gaullistischen Hauptanliegen entsprechend – auf das Prinzip der nationalen Souveränität hingewiesen wird (s. n° 148) ⁵³¹. Im Zuge der Verfassungsrevision vom 25. Juni 1992 schliesslich wurden neue Bestimmungen über die europäische Integration aufgenommen (vgl. n° 172, 180-181, 194) ⁵³².

Die Auslegung dieser das Völkerrecht betreffenden Verfassungsnormen ist umstritten. Die öffentlich-rechtliche Lehre Frankreichs geht weitgehend von einem Monismus mit Primat des Völkerrechts aus, während die Privatisten eher zum Dualismus neigen. Viele Autorinnen und Autoren wenden sich jedoch dogmatischen Gesichtspunkten ab, um sich konkreten Problemen und deren mehr oder weniger befriedigenden Lösungen im positiven Recht zuzuwenden. Was die französischen Richterinnen und Richter betrifft, so folgen sie keiner bestimmten Lehrmeinung; man sagt, sie seien monistisch, aber sie gebrauchen in ihren Entscheiden Wendungen, die oft dualistischen Auslegungen entgegenkommen ⁵³³. Die Praxis des Verfassungsgerichts, der Verwaltungs- und der Zivilgerichte stimmt zudem nicht immer überein. Alles in allem hat jedoch die europäische Integration die monistische Prägung des französischen Systems verstärkt ⁵³⁴.

a) Allgemeine Regeln des Völkerrechts

148. Die Präambel der Verfassung von 1946 als Grundlage.- Der erste Absatz der Präambel der Verfassung vom 4. Oktober 1958 lautet:

Le Peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946.

Obwohl die Verfassung von 1958 also auf die Präambel der Verfassung vom 27. Oktober 1946 nur insoweit verweist, als diese die Menschenrechte und die Grundsätze der nationalen Souveränität definiert, herrscht die Auffassung vor, dass

⁵³¹ Präambel, Abs. 1, wiedergegeben *ibid.*, S. 22 u. 11; die Verfassung vom 4. Oktober 1958 ist im *Journal Officiel* vom 5. Oktober 1958 publiziert sowie abrufbar unter www.legifrance.gouv.fr/html/frame_constitution.htm; s. RIDEAU, *Droit international*, S. 10; CASSESE, S. 393 u. WILDHABER/BREITENMOSER, S. 189-190; CARREAU, Nr. 260

⁵³² Art. 88-1 bis 88-4 Cst., abgedruckt in DUVERGER, S. 607; vgl. COMBACAU/SUR, S. 183

⁵³³ RIDEAU, *Droit international*, S. 6 u. 12

⁵³⁴ COMBACAU/SUR, S. 181-182

diese Präambel integraler Bestandteil des geltenden Verfassungsrechts sei ⁵³⁵. In Abs. 14 der Präambel von 1946 heisst es:

La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international.

Diese Norm ist auch nach der Rechtsprechung des *Conseil constitutionnel* positives Verfassungsrecht. Er ist der Ansicht, dass er als Richter der Verfassungsmässigkeit der Gesetze (Art. 61 Cst.) und der internationalen Abkommen (Art. 54 Cst.) nicht nur deren Konformität mit den Verfassungsartikeln, sondern auch mit der Präambel von 1946 überprüfen müsse, die Abs. 14 mitumfasse ⁵³⁶.

149. *Fortsetzung. Praktische Tragweite von Abs. 14 der Präambel von 1946; Terminologie.*- Abs. 14 der Präambel der Verfassung von 1946 verpflichtet Frankreich, die Regeln des internationalen Rechts einzuhalten, d.h., in Anlehnung an Art. 38 IGH-Statut, das internationale Gewohnheitsrecht, die allgemeinen Rechtsgrundsätze und die völkerrechtlichen Verträge zu respektieren (n° 8). Da die innerstaatliche Behandlung der Verträge aber durch speziellere Bestimmungen geregelt wird (s. *infra*, n° 155 ff.), findet Abs. 14 nur auf das Gewohnheitsrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze Anwendung. So berief sich beispielsweise ein Zivilgericht auf Abs. 14, um eine gewohnheitsrechtliche Regel anzuwenden ⁵³⁷, und der *Conseil d'Etat*, Frankreichs oberstes Verwaltungsgericht, lehnte in einem Gutachten den Entwurf eines Dekrets, das die Einwanderung von Familien suspendieren wollte, als verfassungswidrig ab, weil es den allgemeinen Rechtsgrundsatz *pacta sunt servanda* verletze, der sich aus Abs. 14 ableite ⁵³⁸.

Gewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze werden nachfolgend in Angleichung an die deutsche Terminologie (s. n° 75) als „allgemeine Regeln des Völkerrechts“ bezeichnet.

150. *Geltung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts. Adoption.*- Die Verfassung gibt nur einen vagen Hinweis auf die allgemeinen Regeln des Völkerrechts. Sie sagt nichts darüber aus, ob diese direkt innerstaatliche Geltung erlangen. Die französischen Gerichte haben keine kohärente Theorie zur innerstaatlichen Geltung des Völkerrechts

⁵³⁵ vgl. RIDEAU, *Droit international*, S. 10; TEITGEN, S. 104; WILDHABER/BREITENMOSER, S. 189; HALLER, *Verfassungsreform*, S. 208; DUVERGER, S. 588; CARREAU, Nr. 125; COMBACAU/SUR, S. 182 u. 191; BURDEAU/HAMON/TROPER, S. 638-639

⁵³⁶ Entscheide vom 16. Juli 1971, in AJDA 1971, Nr. 10, S. 537, und vom 19. Juni 1970, in JCP I 2354; TEITGEN, *ibid.*

⁵³⁷ Tribunal de Grande Instance de la Seine, *Caisse industrielle d'assurance mutuelle c. Consul Général d'Argentine*, vom 17. Januar 1964, in AFDI 1965, S. 970; RIDEAU, *Droit international*, S. 76

⁵³⁸ Gutachten von 1977, zitiert in TEITGEN, S. 105

entwickelt. « *La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international* »: Das kann bedeuten, dass die allgemeinen Regeln des Völkerrechts direkt als solche innerstaatliche Geltung haben; Abs. 14 der Verfassungspräambel von 1946 hätte dann deklaratorische Bedeutung. Man könnte ihm jedoch ebenso gut konstitutive Wirkung zuschreiben und als Generaltransformator betrachten. Da Frankreich aber insgesamt von der monistischen *tradition* beherrscht wird – was sich besonders klar bei den völkerrechtlichen Verträgen und beim Gemeinschaftsrecht zeigt (s. n° 157 u. 170) – ist dem Abs. 14 der Präambel von 1946 nur deklaratorische Bedeutung zuzuschreiben ⁵³⁹.

151. *Anwendung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts.* – Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts haben nicht von der durch die europäische Integration ausgelösten Dynamik profitiert, welche die innerstaatliche Anwendung der Verträge förderte (*infra*, n° 166-168). Zudem enthält die Verfassung keine direkte Aussage über die innerstaatliche Anwendung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts. Dennoch wird Abs. 14 der Präambel von 1946 als Grundlage für die direkte Anwendung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts betrachtet ⁵⁴⁰. Die französischen Gerichte beziehen sich in ihren Entscheiden seit langem auf die allgemeinen Regeln des Völkerrechts, und oft beeinflussen diese die Lösung des konkreten Einzelfalles, ohne dass explizit auf sie Bezug genommen wird. Nur in einigen seltenen Fällen wird ausdrücklich die Existenz einer gewohnheitsrechtlichen Norm signalisiert ⁵⁴¹. Von Seiten der Völkerrechtslehre wird versichert, dass die französischen Gerichte niemals gezögert hätten, Völkerge-
wohnheitsrecht anzuwenden, auch wenn sie keine ausdrückliche Vorschrift dazu verpflichte; eine solche Vorschrift wäre überflüssig, da sie sowieso nur eine allgemeine Überzeugung wiedergäbe. Die rechtliche Lage in Frankreich gleiche somit derjenigen in den USA und in der Schweiz, wo die Gerichte ohne ausdrückliche Verfassungsbestimmungen internationales Gewohnheitsrecht anwendeten ⁵⁴².

152. *Rang.* – Der Rang der allgemeinen Regeln des Völkerrechts ist umstritten. Überwiegende Einigkeit besteht in der neueren Lehre aber darin, dass sie Übergesetzesrang, nicht aber Überverfassungsrang haben. Die französischen Gerichte beachten nach RIDEAU internationales Gewohnheitsrecht oft nicht, besonders, wenn es nicht mit dem

⁵³⁹ in diesem Sinne WILDHABER/BREITENMOSER, S. 188 u. 190; COMBACAU/SUR, S. 191

⁵⁴⁰ COMBACAU/SUR, *ibid.*; WILDHABER/BREITENMOSER, S. 188; CARREAU, Nr. 1257

⁵⁴¹ Tribunal de Grande Instance de la Seine, *Caisse industrielle d'assurance mutuelle c. Consul Général d'Argentine*, vom 17. Januar 1964, zitiert in Fn. 537; RIDEAU, *Droit international*, S. 17; vgl. COMBACAU/SUR, S. 192, CARREAU, Nr. 1257 u. 1273

⁵⁴² der *Conseil d'Etat* wendet allerdings sozusagen nie internationales Gewohnheitsrecht an; s. CARREAU, Nr. 1273, m. w. Hinw.; WILDHABER/BREITENMOSER, S. 189, m. w. Hinw.

nationalen Recht übereinstimmt⁵⁴³. Auch laut O'CONNEL anerkennen die französischen Gerichte den Vorrang des gesetzgeberischen Willens, bemühen sich aber, diesen völkerrechtskonform auszulegen⁵⁴⁴. Für BURDEAU/HAMON/TROPER hat das Völkergewohnheitsrecht, das von der Gesamtheit der internationalen Gemeinschaft anerkannt ist, dagegen Übergesetzes- und vielleicht sogar Überverfassungsrang⁵⁴⁵. SUR bemerkt: « *Les normes internationales se situent par rapport aux règles internes davantage qu'elles ne s'intègrent pleinement dans leur hiérarchie.* » Grundsätzlich genossen die internationalen Normen jedoch Vorrang⁵⁴⁶. In Bezug auf die Gesetze gibt er aber zu bedenken, es sei immer schwierig zu wissen, ob interne Akte Teil der Anwendung, Bildung oder Änderung des internationalen Gewohnheitsrechts seien⁵⁴⁷. Gegebenenfalls müssten somit Gesetze vorgehen (vgl. n° 15). Für CARREAU schliesslich ist das ungeschriebene Völkerrecht wegen der Präambel von 1958 teil des *bloc de constitutionnalité*⁵⁴⁸. Er erwähnt in diesem Zusammenhang ausserdem zwei Urteile des *Conseil constitutionnel*, eines vom 30. Dezember 1975, in dem dieser feststellte, das Gesetz über die Selbstbestimmung der Komoren berühre keinerlei Völkerrechtsregeln, sowie ein anderes vom 16. Januar 1982, wo er entschied, das Verstaatlichungsgesetz von 1981 verletze keine völkerrechtlichen Grundsätze⁵⁴⁹. SUR lehnt es dagegen ab, aus dem Komoren-Entscheid abzuleiten, dass das Gewohnheitsrecht Teil des *bloc de constitutionnalité* sei, einerseits, weil dann das Völkergewohnheitsrecht den Verträgen vorgehen würde (n° 156), andererseits, weil ein solcher Vorrang unnötig sei, wenn man davon ausgehe, dass nur in der Verfassung kodifizierte gewohnheitsrechtliche Normen Verfassungsrang hätten. Im Entscheid von 1975 etwa sei das Selbstbestimmungsrecht der Völker auf Grund von Art. 53 Cst. angewendet worden⁵⁵⁰. Vgl. n° 166.

Auch aus der Gerichtspraxis ergibt sich kein eindeutiges Bild über den Rang der allgemeinen Regeln des Völkerrechts. Im Entscheid *Aquarone*, vom 5. April 1997⁵⁵¹, hat der *Conseil d'Etat* festgehalten, dass keine Verfassungsnorm einen Vorrang des

⁵⁴³ RIDEAU, *Droit international*, S. 17

⁵⁴⁴ O'CONNELL, S. 66, zitiert auch in WILDHABER/BREITENMOSER, S. 190

⁵⁴⁵ BURDEAU/HAMON/TROPER, S. 639

⁵⁴⁶ COMBACAU/SUR, S. 193

⁵⁴⁷ *ibid.*, S. 194

⁵⁴⁸ CARREAU, Nr. 1248; ebenso, allerdings mit Fragezeichen, LUCHAIRE, *Art. 61*, S. 1120. – Der *bloc de constitutionnalité* umfasst die Verfassung, die *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* vom 26. August 1789, die in der Präambel der Verfassung von 1946 formulierten Grundsätze, soweit sie von der Verweisung der Präambel der geltenden Verfassung erfasst sind, und die von den Gesetzen der I., II. und III. Republik anerkannten grundlegenden Prinzipien; HALLER, *Verfassungsreform*, S. 208; vgl. LUCHAIRE, *ibid.*, S. 1117-1118; AUBERT, *L'Excelsior*, S. 658-659.

⁵⁴⁹ CARREAU, *ibid.*; für die Urteile, s. D. 1976, S. 537, resp. JDI 1982, S. 275

⁵⁵⁰ COMBACAU/SUR, S. 196; zum „Verstaatlichungs-Entscheid“, den er auf S. 192 ebenfalls erwähnt, nimmt er dabei nicht Stellung.

⁵⁵¹ RGDIP 1997, S. 839

Gewohnheitsrechts vor dem Gesetz vorschreibe; er scheint die Auflösung der Normenkollision dem *Conseil constitutionnel* zuzuweisen⁵⁵². Was Verwaltungsakte betrifft, so berücksichtigen die Verwaltungsgerichte die allgemeinen Regeln des Völkerrechts offenbar nur, wenn es als landesrechtlicher allgemeiner Rechtsgrundsatz gelten kann⁵⁵³: Die *principes généraux de droit* sind ein Konzept der Rechtsprechung des *Conseil d'Etat*, der damit diejenigen Grundsätze bezeichnet, die der Gesetzgebung zu Grunde liegen, ohne dass diese darauf ausdrücklich Bezug nimmt; diese Grundsätze haben Gesetzesrang⁵⁵⁴.

153. *Völkerrechtskonforme Auslegung.*- Aus Abs. 14 der Präambel der Verfassung von 1946 (n° 148) ergibt sich die Vermutung, dass die französische Rechtsordnung mit dem internationalen Gewohnheitsrecht im Einklang ist. Daher müssen Verfassung, Gesetze und Verwaltungsakte im Rahmen des Völkergewohnheitsrechts interpretiert werden, « *tel qu'il est reconnu par la République française* »⁵⁵⁵.

154. *Verfassungsgerichtliche Garantie der allgemeinen Regeln des Völkerrechts.*- Die Lehre folgert aus den beiden oben (n° 152) erwähnten Entscheiden des *Conseil constitutionnel* von 1975 und 1982, der *Conseil constitutionnel* könnte ein Gesetz, das gegen allgemeine Regeln des Völkerrechts verstößt, für verfassungswidrig erklären; bislang hat er das aber noch nie getan. Den anderen Gerichten steht diese Möglichkeit dagegen nicht zu. Sie können höchstens ein Gesetz im Rahmen des internationalen Gewohnheitsrechts auslegen⁵⁵⁶.

b) Völkerrechtliche Verträge

155. *Die Verfassungsvorschrift: Art. 55 Cst.*- Die Voraussetzungen für die Geltung sowie der Rang der Verträge in der französischen Rechtsordnung ist in Art. 55 Cst. geregelt, der bestimmt:

Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.

⁵⁵² COMBACAU/SUR, S. 192-193

⁵⁵³ *ibid.*, S. 193-194

⁵⁵⁴ DUVERGER, S. 419

⁵⁵⁵ COMBACAU/SUR, S. 196; O'CONNELL, S. 66

⁵⁵⁶ s. SUR, zitiert in WILDHABER/BREITENMOSER, S. 190; SIMONETTA STIRLING-ZANDA, *L'application judiciaire du droit international coutumier. Etude comparée de la pratique européenne*, Zürich 2000, S. 177-180, m. w. Hinw.

Art. 55 Cst. geht auf die Art. 26 und 28 der Verfassung von 1946 zurück. Mit Art. 55 Cst. wurden sprachliche Neuerungen eingeführt, indem die Verträge nun nicht mehr – überflüssiger- und oft ungenauerweise – als „diplomatische“ bezeichnet werden. Zudem wurde die Unterscheidung zwischen den *traités*, die der Ratifikation, und den *accords*, die der Genehmigung bedürfen, eingeführt; dies ist einzig von landesrechtlicher Bedeutung und ohne völkerrechtliche Konsequenzen (s. n° 178) ⁵⁵⁷.

Als weitere Neuerung ist die Publikation nicht mehr – im Unterschied zur Ratifikation oder Genehmigung – eine Voraussetzung für die innerstaatliche Geltung der Verträge.

Ausserdem räumt Art. 55 Cst. den Verträgen klar Vorrang vor den Gesetzen ein. Die Art. 26 und 28 der Verfassung von 1946 konnten diesbezüglich zu – eigentlich unbegründeten – Zweifeln Anlass geben, da in ersterer Bestimmung von der Gesetzeskraft der Verträge die Rede war, während letztere diesen Gesetzesvorrang zugestand ⁵⁵⁸. Unter der Verfassung von 1946 genossen die Verträge allerdings in der Praxis Vorrang vor den Gesetzen und sogar vor der Verfassung. Dies erklärt sich teilweise dadurch, dass es sozusagen keine Kontrolle der Verfassungskonformität der Gesetze gab, so dass diese gegen die Verfassung verstossen konnten. Unter diesen Umständen konnten auch Verträge einen verfassungswidrigen Inhalt haben, da ja deren Gesetzesvorrang anerkannt war. Dies geschah 1954, als Frankreich seine *comptoirs* an Indien abtrat, ohne die lokale Bevölkerung zu konsultieren, obwohl dies Art. 27 der Verfassung von 1946 vorgeschrieben hätte ⁵⁵⁹.

Schliesslich legte Art. 28 der Verfassung von 1946 die Bedingungen fest, unter denen die Verträge gekündigt, geändert oder aufgehoben werden konnten. Diese Beschränkung der Handlungsfreiheit der Regierung wurde 1958 aufgegeben.

Und endlich wurde mit dem Vorbehalt der Reziprozität eine neue Bedingung für den Vorrang der Verträge eingeführt ⁵⁶⁰.

156. Kontrolle der Verfassungsmässigkeit der Verträge. Präventive Normenkontrolle.– Als eine der wichtigsten Neuerungen der Verfassung von 1958 stellte sich – unerwarteterweise – die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit durch den eigens dazu geschaffenen *Conseil constitutionnel* heraus ⁵⁶¹. Zum Umfang dieser rein präventiven Kontrolle gehört neben der Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Gesetze (Art. 61 Cst.) auch die Überprüfung völkerrechtlicher Verträge auf Verlangen der Präsidentin bzw. des Präsidenten der Republik, der Premierministerin oder des

⁵⁵⁷ PINTO, S. 1063-1064; NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 150 u. 154; PELLET, S. 1017

⁵⁵⁸ PINTO, S. 1064; vgl. RIDEAU, *Droit international*, S. 9-10

⁵⁵⁹ s. CARREAU, Nr. 125, m. w. Hinw.

⁵⁶⁰ PINTO, S. 1064

⁵⁶¹ s. dazu AUBERT, *L'Excelsior*, S. 655 ff.; HALLER, *Verfassungsreform*, S. 205; RIDEAU, *Constitution*, S. 268 ff.

Premierministers, der Präsidentin oder des Präsidenten der Nationalversammlung, der Präsidentin oder des Präsidenten des Senats oder – seit dem 25. Juni 1992 (s. n° 171) – von 60 Abgeordneten oder Senatorinnen und Senatoren hin. Kommt der *Conseil constitutionnel* zum Schluss, dass der Vertrag eine verfassungswidrige Bestimmung enthält, so darf dieser erst nach einer Verfassungsänderung ratifiziert oder genehmigt werden (Art. 54 Cst.). Diese Bestimmung, eingeführt um den Aufbruch in ein supranationales Europa, das von General CHARLES DE GAULLE abgelehnt wurde, zu verhindern oder zumindest zu bremsen, wurde von Anhängern der monistischen Lehre kritisiert, die der Ansicht sind, im Konfliktfall weiche einfach die Verfassung dem Vertrag und werde so von diesem stillschweigend revidiert⁵⁶². Der in Art. 54 Cst. vorgesehene Mechanismus verhindert indes durch seinen präventiven Charakter einen solchen Normenkonflikt und stellt eine kohärente Rechtsordnung sicher⁵⁶³.

Falls es nicht zu einer Überprüfung des internationalen Vertrags kommt, so ist auf Veranlassung der oben genannten politischen Akteurinnen und Akteure immer noch eine Verfassungsmässigkeitsprüfung des Ermächtigungsgesetzes zur Ratifikation (s. *infra*, n° 180) nach Art. 61 Cst. möglich. Im Rahmen dieser – ebenfalls präventiven – Normenkontrolle geht der *Conseil constitutionnel* nicht nur auf die Verfassungsmässigkeit des Gesetzes, sondern auch des Vertrages selber ein⁵⁶⁴. Diese Prüfung war von der verfassungsgebenden Gewalt nicht vorgesehen, sondern wurde durch die Rechtsprechung des *Conseil constitutionnel* ermöglicht, wohl um den oppositionellen Parlamentsabgeordneten die vor dem 25. Juni 1992 nicht gegebene Möglichkeit einzuräumen, Verträge überprüfen zu lassen⁵⁶⁵. Dagegen erklärt sich der *Conseil constitutionnel* in ständiger Rechtsprechung zur Prüfung der vom Volk angenommenen Referendumsgesetze nach Art. 11 Cst. (s. *infra*, n° 183) für unzuständig, da diese direkter Ausdruck der nationalen Souveränität seien (vgl. n° 173)⁵⁶⁶. Ebenso wenig ist er zur Prüfung der Verfügungen der Staatspräsidentin bzw. des Staatspräsidenten zur Ratifikation von Verträgen (n° 176) zuständig.

157. *Geltung der Verträge. Adoption.*– Für einige Autorinnen und Autoren sind die Ratifikation und Publikation Rezeptionsakte im Sinne des Dualismus. Diese Auffassung wird aber von der Mehrheitslehre abgelehnt, die davon ausgeht, dass die Ratifikation Ausdruck des Einverständnisses eines Staates sei, durch den entsprechen-

⁵⁶² DUVERGER, S. 286; CARREAU, Nr. 263; RIDEAU, *Droit international*, S. 11

⁵⁶³ vgl. COMBACAU/SUR, S. 123; CARREAU, Nr. 127

⁵⁶⁴ Conseil constitutionnel, Entscheid Nr. 76-71 DC vom 30. Dezember 1976, Rec., S. 15, und Entscheid 80-116 DC, *Convention franco-allemande d'entraide judiciaire*, vom 17. Juli 1980, Rec., S. 36; FAVOREU/PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 9. Aufl., Paris 1997, S. 805, Nr. 21; COMBACAU/SUR, S. 123; DUVERGER, S. 449; BURDEAU/HAMON/TROPER, S. 696

⁵⁶⁵ KOHLHAMMER, S. 204-205 u. 209

⁵⁶⁶ Entscheide Nr. 62-20 DC vom 6. November 1962, Rec., S. 27, und Nr. 92-313 DC („*Maastricht III*“) vom 23. September 1992; vgl. KOHLHAMMER, S. 208

den Vertrag gebunden zu werden; ab diesem Zeitpunkt sei er deshalb völkerrechtlich verpflichtet, ihn einzuhalten (Art. 11, 24, 26 u. 27 WVÜ)⁵⁶⁷. Die Ratifikation beschliesst nach dieser Ansicht den Verhandlungsprozess und hat damit nichts mit einem Transformationsakt zu tun, ebensowenig wie die Publikation: Die Publikation ist zwar eine Voraussetzung für die innerstaatliche Anwendung der Verträge, welche die Rechte und Pflichten der Einzelnen berühren (s. sogleich n° 158). Der Grund liegt aber nicht im Erfordernis der Transformation des Vertrags, sondern im Gebot der Rechtssicherheit, wie es auch für innerstaatliche Rechtsakte besteht⁵⁶⁸. Die völkerrechtlichen Verträge erlangen also nach überwiegender Meinung der Adoptions- theorie folgend unmittelbar innerstaatliche Geltung.

Die Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichte beachten natürlich nur ratifizierte oder genehmigte Verträge, aber die Einhaltung der Verfahrensvorschriften wird von den Zivil- und Strafgerichten nicht systematisch, vom *Conseil d'Etat* gar nicht überprüft; dies, obwohl Art. 55 Cst. vorschreibt, dass die Verträge „*régulièrement ratifiés ou approuvés*“ sein müssen. Diese „Ängstlichkeit“ der französischen Richterinnen und Richter gründet nach CARREAU in der Befürchtung, durch die Überprüfung des Vertragsschlussverfahrens „*à empiéter sur les prérogatives du gouvernement en matière de conduite des relations internationales*“ und den Grundsatz der Gewaltenteilung zu verletzen⁵⁶⁹.

158. *Anwendung der Verträge. Publikation, Reziprozität.*- Auf Verträge, die Rechte oder Pflichten gegenüber Einzelnen begründen und die genügend bestimmt sind, also keiner weiteren Präzisierung durch innerstaatliche Erlasse bedürfen, kann sich die Einzelperson vor Gericht und Verwaltung direkt berufen. Wie eben erwähnt müssen solche die Rechte und Pflichten der Einzelnen berührenden Verträge aus Gründen der Rechtssicherheit wie innerstaatliche Akte *publiziert* werden. Sind sie nicht im *Recueil Officiel* veröffentlicht worden, werden sie von den zuständigen Instanzen nicht angewendet, selbst wenn sie auf eine andere Weise bekannt gemacht wurden⁵⁷⁰. Eine Ausnahme besteht einzig für Rechtsakte internationaler Organisationen, wenn diese im

⁵⁶⁷ s. PHOCION FRANCESKAKIS, *Remarques critiques sur le rôle de la Constitution dans le conflit entre le traité et la loi interne devant les tribunaux judiciaires*, Revue critique 1969, S. 425; RIDEAU, *Constitution*, S. 9; COMBACAU/SUR, S. 121

⁵⁶⁸ Die Publikation wird durch ein Dekret vom 14. März 1953, ergänzt durch ein Dekret vom 11. April 1986, geregelt (JO 1953, S. 2436; JO 1986, S. 5427); sie erfolgt durch ein Dekret der Präsidentin bzw. des Präsidenten der Republik, das im *Journal Officiel* veröffentlicht wird. Vgl. BURDEAU, S. 837 u. 849 ff.; RIDEAU, *ibid.*, S. 9 u. 11; COMBACAU/SUR, S. 188

⁵⁶⁹ CARREAU, Nr. 1261 u. 1277, m. w. Hinw.; COMBACAU/SUR, S. 188; KOHLHAMMER, S. 172-173

⁵⁷⁰ s. z.B. Conseil d'Etat, *Société navigator*, vom 12. Juli 1965, Leb. S. 423; *Commune de Thionville et autres*, vom 23. Dezember 1981, S. 1982 II 347 u. D. 1982, S. 484; *Hans Blaser*, vom 26. Juli 1985, in RFDA 1985, S. 926; Cour de Cassation, chambre civile, *Jean Le Breton c. Delle Jeanette Loesch*, vom 16. Mai 1961, Bull. civ. 1961 I 196; *SEE c. Etat yougoslave*, vom 14. Juni 1977, JDI 1977, S. 854; NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 237; KOHLHAMMER, S. 220; BURDEAU, S. 848

offiziellen Publikationsorgan der Organisation publiziert wurden und ein völkerrechtliches Abkommen dies so vorsieht⁵⁷¹.

Schliesslich führte die Verfassung von 1958 mit Art. 55 Cst. als Neuerung den Vorbehalt der *Reziprozität* ein, welche nach der Rechtsprechung sowohl des *Conseil d'Etat* als auch der *Cour de cassation* eine Voraussetzung für die Anwendung der völkerrechtlichen Abkommen ist, gleichgültig, ob diese bilateral oder multilateral sind⁵⁷². Dieser Vorbehalt gilt indes nicht für humanitäre Verträge, wobei man sagen könnte, dass diese Gewohnheitsrecht kodifizieren. Ebenso wenig hat der Vorbehalt für die EG-Verträge Gültigkeit, welche eigene Mechanismen bei Vertragsverletzungen vorsehen, noch gilt er für Verträge, welche unabhängig von zwischenstaatlichen Beziehungen private Verhältnisse regeln⁵⁷³. Aus der Entstehungsgeschichte von Art. 55 Cst. folgt, dass die Nichtanwendung des Vertrags durch das Aussenministerium festzustellen ist. Dieses wird bei Zweifeln über die Reziprozität vom *Conseil d'Etat* und von der Zivilkammer der *Cour de cassation* auf Antrag hin, von der Strafkammer der *Cour de cassation* von Amtes wegen konsultiert. Der *Conseil d'Etat* macht die Konsultation des Aussenministeriums von ernsthaften Indizien für das Nichtvorliegen der Reziprozität, die *Cour de cassation* von Schritten der Regierung zur Kündigung oder Suspendierung des Vertrages abhängig. Die Haltung der *Cour de cassation* findet wegen ihrer Kohärenz – das zum Vertragsschluss zuständige Organ bestimme so dem Grundsatz der Parallelität der Formen gemäss auch über die Vertragskündigung oder -aufhebung – die Zustimmung der Lehre; vgl. für eine Kritik n° 45⁵⁷⁴.

159. *Fortsetzung. Auslegung der Verträge. Zurückhaltung der Gerichte.* – Auch wenn es um die Auslegung völkerrechtlicher Abkommen geht, üben sich die französischen Gerichte in ausgesprochener Zurückhaltung: « *L'ombre de l'acte de gouvernement pèse*

⁵⁷¹ Art. 3 Abs. 3 des Dekrets vom 14. März 1953 (zit. Fn. 568; wiedergegeben auch in BURDEAU, S. 849-850); COMBACAU/SUR, S. 188

⁵⁷² Politischer Anlass bildeten Vertragsverletzungen durch Tunesien und Marokko sowie durch die USA, die entgegen den Vereinbarungen im Rahmen der NATO in den Vereinigten Staaten lebende Franzosen zu einem zweiten Militärdienst einziehen wollten. – Nach Ansicht des *Conseil constitutionnel* ist die Reziprozität eine Bedingung für den *Vorrang*, nicht aber für die Anwendbarkeit des Vertrags (Entscheidung vom 30. Dezember 1980, Rec., S. 53); er braucht die Verwirklichung der Reziprozität jedoch nicht zu überprüfen, da er nicht zur Prüfung der Vertragskonformität der Gesetze zuständig ist, die Sache der Zivil- und die Verwaltungsgerichte ist (s. n° 166-168), und für diese stellt die Reziprozität eine Bedingung für die Anwendbarkeit der Verträge dar; KOHLHAMMER, S. 238-239.

⁵⁷³ *Cour de cassation, Administration des douanes c. Société « Cafés Jacques Vabre » et Sté Jean Weigel*, in RTDE 1975, S. 336, sowie in JDI 1975, S. 801; COMBACAU/SUR, S. 189; KOHLHAMMER, S. 240; RIDEAU, *Constitution*, S. 285; s. auch Art. 60 WVÜ

⁵⁷⁴ PINTO, S. 1082; KOHLHAMMER, S. 241-242; CARREAU, Nr. 1262 u. 1277; vgl. LUCHAIRE, *Participation*, S. 52-53

sur tout ce qui touche aux relations internationales. »⁵⁷⁵ Eine bestimmte Auslegung eines Vertrags könnte die Regierung in diplomatische Schwierigkeiten bringen; andererseits muss ein Gericht aber unabhängige und unparteiische Entscheide fällen⁵⁷⁶. In diesem Dilemma entwickelte die *Cour de cassation* schon im 19. Jahrhundert die Theorie des *acte clair*, wonach die Zivilgerichte zur Auslegung der Verträge zuständig sind, „lorsque (...) leur sens ou leur portée ne présentent aucune ambiguïté.“⁵⁷⁷ Bei Auslegungsschwierigkeiten unterschieden die Gerichte zwei Möglichkeiten: Wenn die Streitigkeit, die den Anlass der Vertragsauslegung bildete, private Interessen zum Gegenstand hatte, nahmen sie die Auslegung vor⁵⁷⁸. Im Falle von „*questions de droit international public*“ erklärten sie sich dagegen für unzuständig und wandten sich ans Aussenministerium, um von diesem eine amtliche Auslegung zu erhalten, die sie als verbindlich betrachteten⁵⁷⁹. Die Auslegung war dabei die Regel, die Vorlage an die Regierung die Ausnahme⁵⁸⁰.

Auch der *Conseil d'Etat* verfuhr nach der Theorie des *acte clair*⁵⁸¹, legte aber Auslegungsfragen systematisch dem Aussenminister vor, wobei er seit dem Entscheid *Veuve J. Murat, comtesse de Lipona*, vom 23. Juli 1823⁵⁸² die folgende *formule consacrée* gebrauchte: « *Il n'appartient pas au Conseil d'Etat statuant au contentieux de se prononcer sur l'interprétation d'un traité international.* » Mochte die Bindung des *Conseil d'Etat* an die ministerielle Interpretation auch den Vorteil haben, die Zuständigkeit der Exekutive für die auswärtigen Beziehungen unberührt zu lassen und falsche, die internationale Haftung Frankreichs auslösende Entscheide zu verhindern: Aus rechtstaatlicher Sicht war diese Praxis unhaltbar, und zwar mehr noch als in Verfahren vor der *Cour de cassation*, denn schlussendlich bestimmte ja somit die Auslegung der Exekutive den Ausgang des Verfahrens, womit sie Partei und Richterin zugleich war⁵⁸³. In seinem Schlussantrag zum Urteil *G.I.S.T.I.*, vom 29. Juni 1990⁵⁸⁴,

⁵⁷⁵ so NICOLE QUESTIAUX, *L'application du droit international conventionnel par le Conseil d'Etat*, in: Reuter/Blondeau/Questiaux/Dubois/Ruizé (Hrsg.), *L'application du droit international par le juge français*, Paris 1972, S. 63

⁵⁷⁶ vgl. CARREAU, Nr. 1263

⁵⁷⁷ *Cour de cassation*, chambre criminelle, Entscheid vom 25. Juli 1867, S. 1867 I 409

⁵⁷⁸ So die *Cour de cassation* seit dem hier zitierten Entscheid der *Chambre civile* vom 24. Juni 1839 in Sachen *succession du duc de Richemond* (D. 1839 I 257, S. 1839 I 577)

⁵⁷⁹ wenn Gemeinschaftsrecht betroffen ist, wenden die französischen Gerichte - wenn auch nur selten - das Vorlageverfahren von Art. 177 EGV an; CARREAU, Nr. 1266-1267; KOHLHAMMER, S. 258, mit Anm. 1072

⁵⁸⁰ CARREAU, Nr. 1269; LERCHE, *G.I.S.T.I.*, S. 876

⁵⁸¹ Die Rechtsprechung ist alt (s. den Entscheid *Szanianski* vom 14. November 1884, Rec., S. 779) und konstant (vgl. etwa einen Entscheid vom 21. Februar 1966, Rec., S. 129); CARREAU, Nr. 1280 u. 1281

⁵⁸² Rec., S. 544; CARREAU, Nr. 1282

⁵⁸³ LERCHE, *G.I.S.T.I.*, S. 873-874; CARREAU, *ibid.*

⁵⁸⁴ *Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés*, in RGDIP 1990, S. 882, sowie in D. 1990 und AJDA 1990, S. 630, mit Schlussantrag des *commissaire du gouvernement*, S. 621, aus dem sich auf die – im wie immer lapidaren Entscheid nicht ersichtlichen – Beweggründe für die Rechtsspre-

hatte der *commissaire du gouvernement* ABRAHAM denn auch darauf hingewiesen, dass sich in der langen Rechtsprechungspraxis des *Conseil d'Etat* nur zwei Fälle fänden, in denen die Interpretationserklärung des Aussenministers für die beteiligte Verwaltungsstelle ungünstig gewesen sei ⁵⁸⁵.

160. *Fortsetzung. Praxisänderung des Conseil d'Etat ...*- Aber erst mit diesem Entscheid *G.I.S.T.I.* änderte der *Conseil d'Etat* seine Praxis. Der *Conseil d'Etat* folgte im Ergebnis zwar der Interpretation des Aussenministers, doch zeigte die unscheinbare Formulierung in der Urteilsbegründung „*il ressort des pièces du dossier*“ anstelle des üblichen „*il ressort de l'interprétation donnée par le ministre des Affaires étrangères*“, dass er durch eigenständige Auslegung des Vertrags zu diesem Ergebnis gekommen war. Diese Praxisänderung wurde dringlich durch den acht Monate zuvor erlassenen Entscheid *Nicolo* (s. n° 168), worin der *Conseil d'Etat* den Vorrang völkerrechtlicher Verträge auch vor dem späteren Gesetz anerkannt hatte. Es liess sich nunmehr schwerlich rechtfertigen, dass das Gesetz in Folge einer ministeriellen Auslegung unanwendbar werden konnte. Vor allem aber erschien dem *Conseil d'Etat* eine Praxisänderung wohl auf Grund der EMRK angezeigt, welche das Recht auf ein faires Verfahren vor einem unabhängigen und unparteiischen Gericht sowie das Recht auf eine wirksame Beschwerde garantiert (Art. 6 Abs. 1 und Art. 13) ⁵⁸⁶. Tatsächlich verurteilte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte einige Jahre später, am 24. November 1994, in der Sache *Beaumartin c. France* die französische Praxis des „*renvoi préjudiciel en interprétation gouvernementale*“, die unter allen Mitgliedstaaten des Europarates einzig sei, und hielt fest, « *seul mérite l'appellation de 'tribunal' au sens de l'article 6 par. 1 (CEDH) un organe jouissant de la plénitude de juridiction et répondant à une série d'exigences telles que l'indépendance à l'égard de l'exécutif comme des parties en cause (...).* » ⁵⁸⁷ Und schliesslich dürfte der Hinweis des *commissaire du gouvernement* ABRAHAM auf die gestiegene Bedeutung des Völkerrechts für die Gerichtspraxis seine Wirkung nicht verfehlt haben: Man könne nicht mehr wie früher argumentieren, als nur selten völkerrechtliche Bestimmungen in einem Verwaltungsverfahren zur Anwendung gekommen seien; weiterhin auf die Auslegung des Aussenministers abzustellen, würde zu einer untragbaren Preisgabe der gerichtlichen Kontrollfunktion führen ⁵⁸⁸.

chungsänderung schliessen lässt, da das Gericht ihm gefolgt ist. Auslegungsgegenstand bildete das französisch-algerische Abkommen über die Einreise und den Aufenthalt algerischer Gastarbeiterinnen und -arbeiter in Frankreich, vom 27. Dezember 1968. – S. dazu eingehend LERCHE, *G.I.S.T.I.*

⁵⁸⁵ LERCHE, *G.I.S.T.I.*, S. 881 u. 882

⁵⁸⁶ vgl. CARREAU, Nr. 1283; LERCHE, *G.I.S.T.I.*, S. 880

⁵⁸⁷ Série A, Nr. 296-B, Ziff. 38

⁵⁸⁸ vgl. LERCHE, *G.I.S.T.I.*, S. 879-880

161. ... und der *première chambre civile*, ...- In der Folge des *G.I.S.T.I.* - Entscheids und der Verurteilung Frankreichs durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte im Fall *Beaumartin* änderte auch die 1. Zivilkammer des *Cour de cassation* ihre Rechtsprechung. Im Entscheid *Banque africaine de développement* vom 19. Dezember 1995⁵⁸⁹ stellte sie fest, dass das Gericht die in einem Verfahren angerufenen völkerrechtlichen Verträge auslegen müsse, « *sans qu'il soit nécessaire de solliciter l'avis d'une autorité non juridictionnelle* ».

162. ... nicht aber der *chambre criminelle*.- Die Strafkammer des *Cour de cassation* bleibt dagegen bei der traditionellen Rechtsprechung und damit die einzige Vertreterin dieser französischen Spezialität: « *Les conventions internationales sont des actes de haute administration qui ne peuvent être interprétées, s'il y a lieu, que par les puissances entre lesquelles elles sont intervenues.* »⁵⁹⁰

163. *Praktischer Verfassungsvorrang der Verträge*.- Der Rang des Völkervertragsrechts gegenüber der *Verfassung* ist in dieser nicht geregelt⁵⁹¹. Während der *Conseil constitutionnel* und der *Conseil d'Etat* die Auffassung vertreten, dass die Verfassung den völkerrechtlichen Abkommen vorgehe⁵⁹², ist sich die Lehre uneinig. Jedenfalls lehnt sie es mehrheitlich ab, aus der Verfahrensvorschrift von Art. 54 Cst. einen Vorrang der Verfassung abzuleiten, da sie ja nur auf Verträge Anwendung findet, die noch gar nicht in Kraft sind, und Art. 54 Cst. eine Anpassung der Verfassung an die völkerrechtlichen Verträgen vorsieht (n° 156), was nicht nötig gewesen wäre, wenn die verfassungsgebende Gewalt von 1958 von einem Vorrang der Verfassung ausgegangen wäre oder einen solchen gewollt hätte⁵⁹³. Da Art. 54 Cst. einen Normenkonflikt gerade vermeidet, bleibt die Diskussion, ob die dem Vertrag untergeordnete Verfassung diesem angepasst werden muss oder ob im Gegenteil der der Verfassung untergeord-

⁵⁸⁹ Bull. civ. 1995, 1, 237

⁵⁹⁰ s. z.B. den Entscheid vom 10. Mai 1988, in Bull. crim. Nr. 201, S. 521; vgl. CARREAU, Nr. 1272, m. w. Hinw.

⁵⁹¹ vgl. z.B. BURDEAU/HAMON/TROPER, S. 639, CARREAU, Nr. 126-127, oder COMBACAU/SUR, S. 195

⁵⁹² Conseil constitutionnel, „*Schengen-Entscheidung*“, vom 13. August 1993, in RGDI 1994, S. 205; Conseil d'Etat, *Moussa Koné*, vom 3. Juli 1996, in RFDA 1996, S. 880. Aus diesen beiden Entscheiden ergibt sich, dass das verfassungsmässige Recht auf Asyl, resp. das als *principe fondamental reconnu par les lois de la République* Verfassungsrang innehabende Recht des Staates, eine Auslieferung aus politischen Gründen zu verweigern, den Verträgen vorgeht; vgl. KOHLHAMMER, S. 248-252 u. S. 257 sowie S. 286; kritisch zu diesem Schluss aus dem *Koné*-Entscheid COMBACAU/SUR, S. 196; RIDEAU, *Constitution*, S. 264-268. In Beantwortung einer parlamentarischen Frage vertrat auch der Premierminister die Auffassung, dass die Verfassung den Verträgen vorgehe, wobei er in einem Zirkularschreiben von 1988 die Anwendung des Gemeinschaftsrechts als verfassungsmässige Verpflichtung bezeichnete; s. RIDEAU, *ibid.*, S. 264.

⁵⁹³ COMBACAU/SUR, *ibid.*; RIDEAU, *ibid.*, S. 267; PINTO, S. 1069; s. auch CARREAU, S. 57-58, und KOHLHAMMER, S. 245-248, m. w. Hinw.; anderer Ansicht ABRAHAM, S. 34 ff.

nete Vertrag nur unter der Bedingung der Verfassungsänderung innerstaatliche Geltung erlangen kann, theoretisch.

Einmal abgeschlossen, gilt die unwiderlegbare Vermutung, dass der Vertrag verfassungskonform ist⁵⁹⁴. Dies gilt auch für alle Verträge, die vor dem Inkrafttreten der Verfassung von 1958 abgeschlossen wurden⁵⁹⁵. Die Möglichkeit der präventiven Verfassungsmässigkeitskontrolle der Verträge durch den *Conseil constitutionnel* hat zur Folge, dass die übrigen Gerichte die Verfassungsmässigkeit der Verträge – auch einredeweise – nicht überprüfen, was in der Praxis einem Vorrang der Verträge vor der Verfassung gleichkommt⁵⁹⁶. Doch kann das Parlament nicht unter Berufung auf einen völkerrechtlichen Vertrag ein gegen die Verfassung verstossendes Gesetz erlassen; es würde gegebenenfalls vom *Conseil constitutionnel* für verfassungswidrig erklärt⁵⁹⁷.

Der in Art. 55 Cst. festgehaltene *Gesetzesvorrang* der völkerrechtlichen Verträge wird mittlerweile sowohl von den Zivil- und Straf-, als auch von den Verwaltungsgerichten beachtet; ein vertragswidriges Gesetz wird dabei im konkreten Fall nicht angewendet, ohne dass dies aber seine Gültigkeit in Frage stellte (s. n° 166-168)⁵⁹⁸. Vertragswidrige Verwaltungsakte werden seit dem Entscheid des *Conseil d'Etat* vom 30. März 1952 in der Sache *Dame Kirkwood*⁵⁹⁹ gleich wie gesetzeswidrige behandelt: ein früherer Verwaltungsakt wird aufgehoben, ein späterer für nichtig erklärt.

164. *Die EMRK.* – Die von Frankreich massgeblich beeinflusste, bereits am 4. November 1950 unterzeichnete, dann aber erst am 3. Mai 1974 ratifizierte EMRK⁶⁰⁰ ist direkt anwendbar und nimmt – wie alle völkerrechtlichen Verträge – einen Übergesetzesrang ein. Als völkerrechtliches Abkommen ist sie zwar nicht Teil des *bloc de constitutionnalité*, über dessen Einhaltung der *Conseil constitutionnel* wacht. Mit zunehmender Bekanntheit nimmt die EMRK aber seit den Neunziger Jahren einen immer wichtigeren Platz in der Rechtsprechung der französischen Gerichte ein, die sie massgeblich beeinflusst; vgl. etwa das in n° 160 angeführte Beispiel⁶⁰¹. Die Entscheide des europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte haben dabei nach einem Urteil der *Cour de cassation* vom 4. Mai 1994⁶⁰² keinerlei direkte Auswirkungen im

⁵⁹⁴ PINTO, S. 1070

⁵⁹⁵ COMBACAU/SUR, S. 194

⁵⁹⁶ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 283

⁵⁹⁷ Entscheid des *Conseil constitutionnel* vom 13. August 1993, Rec., S. 224

⁵⁹⁸ COMBACAU/SUR, S. 194; CARREAU, Nr. 1259 u. 1275; LUCHAIRE, *Participation*, S. 52

⁵⁹⁹ Leb. 1952, S. 291; vgl. COMBACAU/SUR, S. 193; CARREAU, Nr. 1275

⁶⁰⁰ s. JO, 3. Januar 1974, S. 67, und 4. Mai 1974, S. 4750; das Individualbeschwerderecht wurde am 2. Oktober 1981 anerkannt; s. JO, 14. Oktober 1981, S. 2783

⁶⁰¹ s. KOHLHAMMER, S. 268 u. 282

⁶⁰² Cour de cassation, chambre criminelle, in JCP 1994 II 22349

innerstaatlichen Recht auf die Geltung der nationalen Gerichtsentscheide, jedenfalls, wenn Schadenersatz möglich ist ⁶⁰³. Die Lehre teilt die Auffassung, dass die Entscheide des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nur deklaratorische Wirkung hätten ⁶⁰⁴.

165. *Die gerichtliche Garantie des Vorrangs. Die Entwicklung der Rechtsprechung.*- Die französischen Gerichte lehnten es lange ab, den Vorrang der völkerrechtlichen Verträge vor den Gesetzen umzusetzen und die Vertragskonformität der Gesetze zu überprüfen. Vertrag und Gesetz galten als gleichrangig. Der spätere Vertrag ging so dem Gesetz vor. Die späteren Gesetze genossen die Vermutung der Vertragskonformität; diese Vermutung konnte nur durch eine ausdrückliche Anordnung des Gesetzes umgestossen werden (sogenannte Matter-Doktrin) ⁶⁰⁵. Im Falle eines unauflöslchen Widerspruchs zwischen Gesetz und Vertrag wandten die Gerichte das vertragswidrige spätere Gesetz an, da sie die Auffassung vertraten, dass es Sache des Parlaments sei, die Beachtung der internationalen Abkommen Frankreichs sicherzustellen. Die Überprüfung der Gesetze durch ein Gericht wurde als Einbruch in die Gewaltenteilung angesehen. Zudem bestand die Auffassung, vertragswidrige Gesetze verletzten Art. 55 Cst., so dass gemäss Art. 61 Cst. einzig der *Conseil constitutionnel* zur Prüfung der Vertragskonformität von Gesetzen zuständig sei ⁶⁰⁶.

166. *Fortsetzung. Unzuständigkeit des Conseil constitutionnel, ...*- Diese reservierte Haltung der Gerichte gegenüber dem Völkervertragsrecht hat sich unter dem Einfluss der europäischen Integration gewandelt ⁶⁰⁷. Am Anfang dieser Neuorientierung stand dabei ein Entscheid des *Conseil constitutionnel*: Nachdem 81 Abgeordnete geltend gemacht hatten, das Gesetz über den freiwilligen Schwangerschaftsabbruch ⁶⁰⁸ verstosse gegen Art. 2 EMRK, der das Recht auf Leben schützt, hatte der *Conseil constitutionnel* mit Entscheid vom 15. Januar 1975 ⁶⁰⁹ festgehalten, er sei nicht dafür zuständig, die Beachtung des in Art. 55 Cst. festgelegten Vorranges der Verträge vor den Gesetzen sicherzustellen. Er erinnerte zunächst daran, dass Art. 55 Cst. ihn nicht

⁶⁰³ s. die Entscheidung der *Cour de cassation, chambre criminelle* vom 3. Februar 1993, *Kenmache*, in JCP 1994 II 22197

⁶⁰⁴ KOHLHAMMER, S. 281, m. w. Hinw.

⁶⁰⁵ Der *procureur général* MATTER hatte in seinem Antrag zum Verfahren *Sanchez c. Consorts Gozland*, das am 22. Dezember 1931 abgeurteilt wurde (s. *Cour de cassation, chambre civile*, S. 1932 I 249) geltend gemacht, es bestehe eine Vermutung, dass das Gesetz nicht gegen den Vertrag verstossen wolle; diese Vermutung könne nur durch eine formelle Erklärung im Gesetz umgestossen werden.

⁶⁰⁶ RIDEAU, *Droit international*, S. 19-20; COMBACAU/SUR, S. 184-185; KOHLHAMMER, S. 231-232 u. 235; CARREAU, Nr. 1261 u. 1276

⁶⁰⁷ s. COMBACAU/SUR, S. 184-187

⁶⁰⁸ loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, in JO 1975, S. 739

⁶⁰⁹ Rec. 1975, S. 19, sowie JO 1975, S. 671

ermächte, den Vorrang der Verträge vor den Gesetzen zu gewährleisten. Weiter führte er aus, dass er auf Grund von Art. 61 Cst. nur Entscheide fällen könne, die absolut und endgültig („*absolu et définitif*“) seien, während der Vorrang des völkerrechtlichen Vertrages vor dem Gesetz nur relativ und zufällig („*relatif et contingent*“) sei, da er durch den Anwendungsbereich des Vertrags eingeschränkt sei und von der Reziprozität abhängen, die je nach dem Verhalten des Vertragsstaates und dem Zeitpunkt der Beurteilung Änderungen unterworfen sei. Somit sei ein Gesetz, das gegen einen völkerrechtlichen Vertrag verstosse, nicht auch notwendigerweise verfassungswidrig. Völkerrechtliche Abkommen gehören somit nicht zum *bloc de constitutionnalité* (vgl. n° 152) ⁶¹⁰.

Die Argumentation des *Conseil constitutionnel* wurde von der Lehre kritisiert, da sie übersieht, dass die Bedingung der Reziprozität nicht für alle Abkommen gilt (n° 158). Im vorliegenden Fall war es geradezu absurd, zu behaupten, eine Verletzung der EMRK durch einen ausländischen Staat würde Frankreich ermächtigen, diesen Vertrag ebenfalls zu brechen und die eigenen Bürgerinnen und Bürger seines Schutzes zu berauben ⁶¹¹. Einhellig wurde aber aus dieser Entscheidung abgeleitet, dass es nicht Sache des Verfassungsgerichts sei, den in Art. 55 Cst. vorgeschriebenen Gesetzesvorrang der Verträge zu verwirklichen, sondern dass dies vollumfänglich in die Zuständigkeit der Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichte falle ⁶¹². Somit ist die einredeweise Geltendmachung der Vertragswidrigkeit eines Gesetzes, nicht aber seiner Verfassungswidrigkeit möglich, was unlogisch ist, um so mehr, als die Verfassungswidrigkeit von Dekreten der Staatspräsidentin bzw. des Staatspräsidenten, die bzw. der seit 1962 wie das Parlament vom Volk gewählt wird, geltend gemacht werden kann ⁶¹³.

167. ... *Zuständigkeit der Cour de cassation* ...- Als erstes Gericht nahm gut vier Monate später die *Cour de cassation* eine Änderung ihrer Rechtsprechung vor. In ihrem häufig zitierten Entscheid *Jacques Vabre* vom 24. Mai 1975 ⁶¹⁴ erklärte sie spätere zollgesetzliche Bestimmungen, die gegen den älteren EWG-Vertrag verstießen, für unanwendbar. Der *procureur général* TOUFFAIT führte unter Berufung auf das im Januar ergangene Urteil des *Conseil constitutionnel* aus, das Gericht beurteile nicht die Verfassungsmässigkeit des Gesetzes, wenn es einem völkerrechtlichen Vertrag den Vorrang einräume, sondern löse einen Normenkonflikt in Anwendung von Art. 55 Cst.

⁶¹⁰ LUCHAIRE, *Art. 61*, S. 1119-1120; COMBACAU/SUR, S. 195; NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 286; LERCHE, *Nicolo*, S. 615. – Nach DUVERGER, S. 464, wollte der *Conseil constitutionnel* ein „*gouvernement des juges*“ vermeiden.

⁶¹¹ LUCHAIRE, *ibid.*, S. 1119; zu diesem Entscheid s. auch KOHLHAMMER, S. 223-227, m. w. Hinw., und ABRAHAM, S. 111 ff.

⁶¹² COMBACAU/SUR, S. 185; KOHLHAMMER, S. 227; CARREAU, Nr. 1254

⁶¹³ DUVERGER, S. 425-426 u. 462-463

⁶¹⁴ Cour de cassation, *Administration des douanes c. Société « Cafés Jacques Vabre » et Sté Jean Weigel*, in RTDE 1975, S. 336, sowie in JDI 1975, S. 801

Im weiteren stellte er auf die besondere Rechtsnatur des Gemeinschaftsrechts ab und forderte das Gericht auf, nicht auf Grund von Art. 55 Cst., sondern unter Berücksichtigung dieser speziellen Rechtsnatur des Gemeinschaftsrechts zu entscheiden. Die *Cour de cassation* stellte ihren Entscheid auf beide Umstände ab, indem sie den Vorrang des Vertrags mit Art. 55 Cst., die direkte Anwendbarkeit desselben aber mit der speziellen Rechtsnatur des Gemeinschaftsrechts begründete: « (...) *le Traité du 25 mars 1957 qui, en vertu de l'article 55 de la Constitution, a une autorité supérieure à celle des lois, institue un ordre juridique propre intégré à celui des Etats membres; en raison de cette spécificité, l'ordre juridique qu'il a créé est directement applicable aux ressortissants de ces Etats et s'impose à leurs juridictions (...)* ». In späteren Entscheiden, die diese neue Rechtsprechung bestätigten, stützte sich die *Cour de cassation* dann aber einzig auf Art. 55 Cst. ⁶¹⁵.

168. ... und des *Conseil d'Etat*. - Der *Conseil d'Etat* dagegen lehnte die Prüfung der Vertragskonformität von Gesetzen nicht so sehr ab, weil dies auch eine Verfassungsmässigkeitsprüfung und damit einen Eingriff in die Kompetenzen des *Conseil constitutionnel* bedeutet hätte. Vielmehr gründete seine ablehnende Haltung darin, dass er den Grundsatz der Gewaltenteilung höher gewichtete als das in Art. 55 Cst. festgehaltene Prinzip des Gesetzesvorrangs der Verträge (vgl. n° 193) ⁶¹⁶. Er behielt seine Rechtsprechung noch über vierzehn Jahre lang bei und räumte weiterhin dem späteren Gesetz den Vorrang vor dem Vertrag ein, wobei er die Gesetze nach Möglichkeit vertragskonform auslegte ⁶¹⁷. Es sei Aufgabe des Parlaments, den Vorrang der Verträge sicherzustellen, er, der *Conseil d'Etat*, habe nicht die Kompetenz, die Erlasse des Parlaments zu kontrollieren. Im Unterschied zur *Cour de cassation* müsste er ausserdem ein Gesetz nicht nur für unanwendbar erklären, sondern es annullieren, was nicht dem vorläufigen und beschränkten Charakter des Vorrangs der Verträge – man beachte den Verweis auf den Entscheid des *Conseil constitutionnel* – entsprechen würde. Die unterschiedliche Rechtsprechung erklärte sich also auch durch die Verschiedenheit der Verfahren und der Kompetenzen der beiden Gerichte ⁶¹⁸.

Doch als der *Conseil constitutionnel* am 21. Oktober 1988 in seiner Funktion als Wahlprüfungsgericht, in der er die Verfassungsmässigkeit der Gesetze nicht

⁶¹⁵ s. die Entscheide *Mme Dumoussaud*, vom 24. Juni 1986 (Bull. civ. n° 134) sowie *Barbie*, vom 3. Juni 1988 (Bull. crim. S. 637); COMBACAU/SUR, S. 185; KOHLHAMMER, S. 232 Anm. 919; LERCHE, *Nicolo*, S. 616-617

⁶¹⁶ LERCHE, *ibid.*, S. 610-611

⁶¹⁷ s. *Conseil d'Etat, Syndicat général des fabricants de semoule*, vom 1. März 1968, in Leb. S. 149 und in AJDA 1968, S. 235, mit den Anträgen der *commissaire du gouvernement* NICOLE QUESTIAUX, die darauf hinwies, dass es der ungeschriebene Grundsatz der Gewaltenteilung – mit Ausnahme der in Art. 61 Cst. vorgesehenen präventiven Kontrolle durch den *Conseil constitutionnel* – verbiete, die Gültigkeit von Gesetzen in Frage zu stellen; s. auch LERCHE, *ibid.*, S. 607-608

⁶¹⁸ vgl. COMBACAU/SUR, S. 185-186; KOHLHAMMER, S. 232-234; LERCHE, *ibid.*, S. 611

kontrollieren darf, die Konformität eines Gesetzes mit der EMRK überprüfte⁶¹⁹, gab auch der *Conseil d'Etat* seine Haltung auf, dass es den Gerichten nicht zustehe, das Parlament zu kontrollieren⁶²⁰. Im Entscheid *Nicolo* vom 20. Oktober 1989 änderte der *Conseil d'Etat* seine Rechtsprechung⁶²¹. Raoul Georges Nicolo aus Nogent-sur-Marne hatte die Nichtigerklärung der französischen Europaparlamentswahlen vom 18. Juni 1989 begehrt, da das französische Wahlgesetz vom 7. Juli 1977 dem EWG-Vertrag widerspräche, wenn es so auszulegen sei, dass auch die überseeischen Departemente und Hoheitsgebiete zum Wahlgebiet gehörten. Nun kam der *Conseil d'Etat* aber zum Schluss, dass das Wahlgesetz genau so auszulegen sei, doch zog er in Betracht „*que les règles ci-dessus rappelées, définies par la loi du 7 juillet 1977, ne sont pas incompatibles avec les stipulations claires de l'article 227-1 du traité de Rome*“. Mit dieser schlichten Feststellung entschied sich der *Conseil d'Etat* nicht nur zur Abweisung der Klage Nicolos, sondern auch zur Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung: Erstmals überprüfte er die Vereinbarkeit eines späteren Gesetzes mit einem völkerrechtlichen Vertrag, was einiges Aufsehen erregte⁶²².

Der *Conseil d'Etat* liess sich dabei wohl von der Begründung des *commissaire du gouvernement* PATRICK FRYDMAN leiten, der vorgebracht hatte, dass die Legislative zwar gegen den Grundsatz des Vorrangs der völkerrechtlichen Norm verstosse, wenn sie ein mit einem früheren Vertrag unvereinbares Gesetz erlasse; Art. 55 Cst. dagegen lege die Rangordnung der Normen nicht gegenüber dem Parlament fest, sondern gegenüber der richterlichen Behörde. Diese sei auf Grund dieser Bestimmung – wie sich aus dem Willen der verfassungsgebenden Gewalt ergebe – ermächtigt, den Vorrang durchzusetzen. Die von Art. 61 Cst. ausdrücklich vorgesehene Zuständigkeit des *Conseil constitutionnel* für die Kontrolle der Verfassungsmässigkeit der Gesetze stehe daher einer Überprüfung der Vertragsmässigkeit der Gesetze nach Art. 55 Cst. nicht entgegen. Dabei kontrolliere das Gericht zwar in Abweichung vom verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gewaltenteilung die Rechtmässigkeit von Gesetzen, doch sei diese Abweichung in der Verfassung selbst vorgesehen. Der *commissaire* unterliess es zudem nicht, auf die gewachsene Bedeutung des Völkerrechts und insbesondere des EG-Rechts hinzuweisen, für das die bisherige Rechtsprechung des *Conseil d'Etat* ein grosses Hindernis bedeute, und fügte an: « *La France ne peut simultanément accepter des limitations de souveraineté et maintenir la suprématie de ses lois devant le juge: il y a là un illogisme (...)*. » Gleichzeitig relativierte er die Bedeutung der Gesetze, die in

⁶¹⁹ AJDA 1989, S. 128, u. RFDA 1988, S. 908

⁶²⁰ LERCHE, *Nicolo*, S. 615

⁶²¹ *Nicolo*, in RFDA 1989, S. 813, sowie in ZaöRV 1990, S. 644 und bei LERCHE, *ibid.*, S. 644; ins Deutsche übersetzt zudem in EuGRZ 1990, S. 99 ff.

⁶²² In einem Urteil vom gleichen Tag bestätigte der *Conseil d'Etat* seine Rechtsprechung, wonach er nicht zur Verfassungsmässigkeitsprüfung zuständig sei; s. RFDA 1989, S. 993 u. 1049; vgl. KOHLHAMMER, S. 234-237, m. w. Hinw.

der V. Republik mit ihrer Verfassungsgerichtsbarkeit nicht mehr „heilige“ Normen für die Gerichte darstellten ⁶²³.

169. *Reformvorschläge.*- Der *Conseil constitutionnel* hat es wohl auch deshalb abgelehnt, Gesetze auf ihre Vertragskonformität zu überprüfen, um dem Vorwurf zu begegnen, er wolle ein *gouvernement des juges* errichten ⁶²⁴. Ein im März 1990 eingebrachten Revisionsvorschlag Präsident FRANÇOIS MITTERANDS, der unter anderem mit dem Hinweis auf die Vertragsmässigkeitskontrolle der Gesetze vor den ordentlichen Gerichten die Möglichkeit einführen wollte, einredeweise die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes vor dem *Conseil constitutionnel* geltend zu machen, scheiterte am Widerstand des Senats. Die Idee wurde im Verfassungsentwurf von 1993 wieder aufgenommen, um diesmal aber von Parlament und Regierung abgelehnt zu werden; diese befürchteten wahrscheinlich, die Macht des *Conseil constitutionnel* werde dadurch zu gross. Befürwortet wurde die Reform dagegen nicht nur vom Präsidenten des *Conseil constitutionnel*, ROBERT BADINTER, sondern gemäss Meinungsumfragen auch von 70 % der Bevölkerung ⁶²⁵.

c) Gemeinschaftsrecht

170. *Gemeinschaftsrecht gilt als Völkervertragsrecht; Auswirkungen.*- Wie für einen monistischen Staat typisch, betrachtet Frankreichs Lehre und Rechtsprechung das Gemeinschaftsrecht nicht als besondere, eigenständige Rechtsordnung, sondern als Völkervertragsrecht (wie im – dualistischen – Schweden, n° 325, aber im Gegensatz zur deutschen Auffassung und derjenigen des Europäischen Gerichtshofs, s. n° 99) ⁶²⁶. Es ist aber unverkennbar, dass unter dem Einfluss der französischen Regierung, der EG-Kommission und v.a. der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (vgl. dazu n° 103-104) die französischen Gerichte, welche Völkervertragsrecht lange als Angelegenheit von Regierung und Parlament betrachtet hatten, das Gemeinschaftsrecht – das im Entscheid *Jacques Vabre* ebenso wie im Urteil *Nicolo* betroffen war (s. n° 167 und 168) – effektiver durchzusetzen begannen als zuvor das übrige Vertragsrecht gegenüber dem Landesrecht. Von dieser Entwicklung profitierte wiederum das

⁶²³ s. LERCHE, *Nicolo*, S. 637; vgl. *ibid.*, S. 618-620

⁶²⁴ DUVERGER, S. 464; BURDEAU/HAMON/TROPER, S. 706; HALLER, *Verfassungsreform*, S. 227 u. 231

⁶²⁵ BURDEAU/HAMON/TROPER, S. 707-708; HALLER, *ibid.*, S. 226-227 u. 231

⁶²⁶ RIDEAU, *Constitution*, S. 263; COMBACAU/SUR, S. 187; FAVOREU/PHILIP, S. 814, Nr. 43; LERCHE, *Nicolo*, S. 608 u. 612-613; MÉTRAUX, S. 223; im Entscheid *Jacques Vabre* hatte sich die *Cour de cassation* allerdings auch auf die spezielle Rechtsnatur des Gemeinschaftsrechts gestützt (s. n° 167)

Völkervertragsrecht insgesamt, zu dem wie erwähnt das Gemeinschaftsrecht nach französischer Auffassung gehört ⁶²⁷.

Das Gemeinschaftsrecht ist also unter den selben Voraussetzungen wie das übrige Vertragsrecht direkt anwendbar und geht den Gesetzen vor; die Verfassung muss gegebenenfalls revidiert werden (*supra*, n° 156) ⁶²⁸. Dies gilt auch für das nach den Vorschriften der Gründungsverträge erlassene sekundäre Gemeinschaftsrecht, wobei der *Conseil constitutionnel* allerdings (ebensowenig wie die Verwaltungs- und Zivilgerichte) dessen Vereinbarkeit mit der Verfassung nicht mehr überprüft: Weil es nicht der Ratifikation untersteht, gilt es nicht als „*engagement international*“ im Sinne von Art. 54 Cst. ⁶²⁹. Einige Abgeordnete der Nationalversammlung hatten 1996 erfolglos eine diese Überprüfung ermöglichende Verfassungsrevision verlangt ⁶³⁰. Als Besonderheit kann die Anwendung der EG-Verträge, die eigene Mechanismen bei Vertragsverletzungen vorsehen, nicht von der Reziprozität abhängig gemacht werden (n° 158), und die Gerichte dürfen sich bei Unklarheiten nicht an die französische Regierung wenden, sondern müssen sich dem Vorlageverfahren von Art. 177 EGV gemäss an den Europäischen Gerichtshof wenden; allerdings benützen die französischen Gerichte dieses Verfahren „*que modérément*“ ⁶³¹, und der *Conseil d'Etat* hat sich bei der Auslegung von Gemeinschaftsrecht schon missbräuchlich auf die Theorie des *acte clair* (n° 159) berufen, um eine Interpretation durch die Luxemburger Richterinnen und Richter zu vermeiden ⁶³².

171. *Der Vertrag von Maastricht. „Maastricht I“*.- Der Vertrag von Maastricht über die Europäische Union führte zu intensiven Diskussionen, insbesondere auch über die Frage, ob die Verfassung vor der Ratifikation zu revidieren sei. Mit deren Beantwortung befasste FRANÇOIS MITTERAND gemäss Art. 54 Cst. (s. n° 156) am 11. März 1992 den *Conseil constitutionnel* ⁶³³. In weniger als einem Monat untersuchte dieser den Vertrag mit seinen 16 Protokollen und 33 Erklärungen. Mit Entscheid vom 9. April 1992 ⁶³⁴ bejahte er die Notwendigkeit einer Verfassungsrevision, da das Stimm- und

⁶²⁷ COMBACAU/SUR, S. 186

⁶²⁸ MÉTRAUX, S. 224-233

⁶²⁹ Conseil d'Etat, *Cie Alitalia*, vom 3. Februar 1989, Rec., S. 81 sowie RTDE 1989, S. 509; *S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris France*, vom 28. Februar 1992, Rec., S. 78 sowie AJDA 1992, S. 210; RIDEAU, *Constitution*, S. 294; COMBACAU/SUR, S. 194; BURDEAU/HAMON/TROPER, S. 697; anderer Meinung FAVOREU/PHILIP, S. 812, Nr. 40

⁶³⁰ KOHLHAMMER, S. 254-256

⁶³¹ CARREAU, Nr. 1266

⁶³² s. *Société des pétroles Shell-Berre*, vom 14. Juni 1964, Rec., S. 344; *Syndicat des importateurs de vêtements et produits artisanaux*, vom 12. Oktober 1979, RTDE 1979, S. 739; CARREAU, Nr. 1281

⁶³³ JO vom 14. April 1992, S. 5428

⁶³⁴ „*Maastricht I*“, JO vom 11. April 1992, S. 5345; dieser Entscheid wird ebenso wie „*Maastricht II*“ und „*Maastricht III*“ (s. *infra*, n° 172 u. 173) wiedergegeben und kommentiert in FAVOREU/PHILIP, S. 787 ff.

Wahlrecht der Unionsbürgerinnen und -bürger auf Gemeindeebene, die Integration in eine Wirtschafts- und Währungsgemeinschaft sowie die gemeinsame Visumpolitik gegen die Verfassung verstossen würden. Es war erst das vierte Mal, dass das Verfahren von Art. 54 Cst. zur Anwendung kam, und sogar das erste Mal, dass der *Conseil constitutionnel* Bestimmungen eines Vertrags für verfassungswidrig erklärte ⁶³⁵.

Nachdem die Däninnen und Dänen am 2. Juni 1992 den Maastrichter Vertrag abgelehnt hatten, beschloss der französische Präsident, das Ermächtigungsgesetz zur Ratifikation dem Referendum zu unterstellen, nachdem die Verfassungsrevision abgeschlossen sein würde. Er setzte das Referendum auf den 20. November 1992 fest. Bereits am 25. Juni 1992, knapp zweieinhalb Monate nach dem Entscheid des *Conseil constitutionnel*, verabschiedete das Parlament die Verfassungsrevision, welche die Ratifikation des Maastrichter Vertrags ermöglichen sollte, indem ein neuer Titel XV, „*Des Communautés européennes et de l'Union européenne*“, mit dem Artikel 88-1 bis 88-4 eingeführt wurde; daneben wurde in Art. 54 Cst. neu zusätzlich 60 Abgeordneten oder Senatorinnen und Senatoren die Kompetenz eingeräumt, den *Conseil constitutionnel* zu befassen ⁶³⁶.

172. *Fortsetzung. „Maastricht II“.*- Schon am 14. August 1992 benutzte eine Gruppe von 70 Senatoren um CHARLES PASQUA diese neue Möglichkeit. Der *Conseil constitutionnel* akzeptierte eine neuerliche Überprüfung der Verfassungsmässigkeit des Vertrags von Maastricht, da noch kein Ermächtigungsgesetz zur Ratifikation erlassen worden war (n° 156) und weil die Verfassung inzwischen revidiert worden war und somit ungeachtet der Rechtskraft des Entscheids vom 9. April 1992 die Möglichkeit bestand, dass die Verfassung immer noch gegen Vertragsbestimmungen verstossende Bestimmungen enthielt oder neue, nicht vertragskonforme Regelungen Eingang gefunden hatten. Der *Conseil constitutionnel* lehnte aber alle Argumente, mit denen die Verfassungswidrigkeit des Vertrags geltend gemacht wurde, im sogenannten „Maastricht-II-Entscheid“ vom 2. September 1992 ⁶³⁷ ab. Die Senatoren hatten unter anderem geltend gemacht, dass der Vertrag das Parlament zu Gunsten der Organe der Gemeinschaft gewisser Kompetenzen beraube. Deshalb müssten vor seiner Ratifikation Art. 3 Cst., wonach die nationale Souveränität dem Volk zukommt, das dieses über seine Repräsentanten und den Weg des Referendums ausübt, und Art. 34 Cst., der die Zuständigkeit des Parlaments zum Erlass von Gesetzen sowie die Bereiche, die durch ein Gesetz zu regeln sind, festhält, geändert werden. Der *Conseil constitutionnel* hielt dem entgegen, die verfassungsgebende Gewalt habe mit Verfassungsgesetz vom

⁶³⁵ FAVOREU/PHILIP, S. 799, Nr. 5; CARREAU, Nr. 263; KOHLHAMMER, S. 182

⁶³⁶ s. FAVOREU/PHILIP, S. 802, Nr. 11; DUVERGER, S. 447

⁶³⁷ JO, 3. September 1992, S. 12

25. Juni 1992 den Art. 88-2 Cst. eingefügt, wonach Frankreich den zur Verwirklichung der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion notwendigen Kompetenzübertragungen zustimme; dass die verfassungsgebende Gewalt souverän sei, mit Ausnahme, erstens, der Beschränkungen in Bezug auf den Zeitpunkt der Verfassungsrevision, die sich aus den Art. 7, 16 und 89 Abs. 4 Cst. ergäben, und, zweitens, der Bestimmung von Art. 89 Abs. 5, wonach die republikanische Regierungsform nicht Gegenstand einer Revision sein könne; dass die verfassungsgebende Gewalt folglich Verfassungsbestimmungen in der ihm angemessen erscheinenden Form aufheben, ändern oder ergänzen dürfe; dass es somit im Ermessen der verfassungsgebenden Gewalt liege, der Verfassung einen neuen Artikel anzufügen, statt Art. 3 und 34 Cst. zu ändern oder zu ergänzen. Dieselbe Überlegung hielt der *Conseil constitutionnel* auch dem Argument entgegen, Art. 20 Cst. (*„le Gouvernement détermine et conduit la politique de la nation“*) hätte geändert werden müssen, um den Vertragsbestimmungen über die Wirtschafts- und Währungspolitik, die Aussenpolitik, die gemeinsame Sicherheitspolitik sowie über die Zusammenarbeit im Bereich des Polizeiwesens und der inneren Angelegenheiten Rechnung zu tragen. Die Senatoren gaben schliesslich zu bedenken, dass die französische Verfassungsordnung um die zentrale Idee der nationalen Souveränität gebaut sei. Wie weit, so fragten sie, dürften demnach Verfassungsrevisionen gehen, die sukzessive fundamentale Voraussetzungen der Ausübung der Souveränität beschnitten? Der *Conseil constitutionnel* beantwortete diese Frage nicht, da er nach Art. 54 Cst. nur zur Verfassungsmässigkeitsprüfung eines Abkommens zuständig ist, die Frage der Senatoren aber nicht eine Verfassungswidrigkeit geltend machte.

173. *Fortsetzung. „Maastricht III“*.- Diese Nichtbeantwortung erklärt sicherlich, dass der *Conseil constitutionnel* ein drittes Mal angerufen wurde, diesmal von Abgeordneten und in Anwendung von Art. 61 Cst.⁶³⁸ Am 20. September 1992, zwei Stunden nachdem die Durchführung des Referendums abgeschlossen war, bestritten 63 Abgeordnete unter der Führung von PIERRE MAZEAUD die Verfassungsmässigkeit des Ermächtigungsgesetzes zur Ratifikation des Vertrags von Maastricht. Der *Conseil constitutionnel* lehnte es aber mit Entscheid vom 23. November 1992 ab, auf den Antrag einzutreten, da « *au regard de l'équilibre des pouvoirs établi par la Constitution, les lois que celle-ci a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple français à la suite d'un référendum contrôlé par le Conseil constitutionnel au titre de l'article 60, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale.* »⁶³⁹

⁶³⁸ FAVOREU/PHILIP, S. 805, Nr. 19

⁶³⁹ „Maastricht III“, JO, 23. September 1992

174. *Der Vertrag von Amsterdam.*- Der *Conseil constitutionnel* hat sich auch mit der Verfassungsmässigkeit des Vertrags von Amsterdam vom 2. Oktober 1997 auseinandergesetzt. In seiner Entscheidung vom 31. Dezember 1997⁶⁴⁰ erklärte er diesen Vertrag für verfassungswidrig, soweit er im Asyl- und Einwanderungsbereich sowie im Personenverkehr den Übergang vom Einstimmigkeits- zum Mehrheitsbeschluss vorsieht. Die Verfassung ist dementsprechend anzupassen.

2. Die Kompetenzverteilung in völkerrechtlichen Angelegenheiten

175. *Vormacht der Exekutive.*- Das während der III. und IV. Republik geltende parlamentarische Regime krankte an der Übermacht des Parlaments, indem einerseits das Recht der Regierung, mit Zustimmung des Senats die Deputiertenkammer aufzulösen, allmählich ausser Gebrauch kam, andererseits das Parlament das Misstrauensvotum häufig benützte. Es verhinderte damit jede Regierungsstabilität. Zugleich nahm es seine eigene Aufgabe, die Gesetzgebung, nicht mehr selbst wahr, sondern übertrug sie seit 1918 mehr und mehr der Regierung, weil es mangels stabiler Mehrheiten ausserstande war, die in der Krisenzeit dringlichen Massnahmen zu treffen⁶⁴¹. Mit der Verfassung der V. Republik wurde der Einfluss des Parlaments deshalb begrenzt: Die Organisation und Geschäftsordnung wurde in restriktiver Weise in der Verfassung festgelegt, und in Art. 34 Cst. wurde sogar abschliessend aufgezählt, in welchen Bereichen das Parlament gesetzgeberisch tätig werden darf; durch den Einbezug des Senats sollte der Gesetzgebungsprozess zudem gebremst werden⁶⁴². Die Verminderung der Bedeutung des Parlaments und die Stärkung der Exekutive entspricht einem weiteren (vgl. n° 147) gaullistischen Hauptanliegen⁶⁴³. So ist auch die Aussenpolitik in Frankreich mehr noch als in anderen Staaten Sache der Exekutive.

176. *Bestimmende aussenpolitische Rolle der Präsidentin bzw. des Präsidenten der Republik.*- Die Aufgabe der französischen Präsidentin bzw. des Präsidenten wird in Art. 5 Cst. definiert:

Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat.

⁶⁴⁰ Rec., S. 344; NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 157

⁶⁴¹ vgl. DUVERGER, S. 127-131 u. S. 156; BURDEAU/HAMON/TROPER, S. 407

⁶⁴² HALLER, *Verfassungsreform*, S. 204-205; ZOLLER, S. 447-448

⁶⁴³ CARREAU, Nr. 260; vgl. LUCHAIRE, *Participation*, S. 45

Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités.

Der Präsident ist „*garant des grands intérêts nationaux*“. Ihm kommt daher eine besondere Verantwortung für die Aussenpolitik zu, da hier die „grossen nationalen Interessen“ betroffen sind, und so geniesst er bei der Führung der auswärtigen Angelegenheiten traditionellerweise die *prééminence* ⁶⁴⁴. Ausdrücklich erwähnt wird in der Verfassung seine Zuständigkeit zur Akkreditierung der eigenen und fremden Botschafter (Art. 14 Cst.). Er ist auch „*garant du respect des traités*“, und er hat zur Sicherstellung der Einhaltung der internationalen Abkommen ausserordentliche Vollmachten, wenn die Funktion der verfassungsmässigen Gewalten beeinträchtigt ist (Art. 16 Cst.): Er könnte dann z.B. – nach Konsultation der Premierministerin bzw. des Premierministers, der Präsiden der beiden Kammern und des *Conseil constitutionnel* – einen Vertrag aufheben oder kündigen ⁶⁴⁵.

Die Staatspräsidentin hält aber auch in normalen Zeiten das wichtigste völkerrechtliche Instrument, die Staatsverträge, in der Hand. Art. 52 Cst. bestimmt:

Le Président de la République négocie et ratifie les traités.
Il est informé de toute négociation tendant à la conclusion d'un accord international non soumis à ratification.

Die Staatspräsidentin handelt also die völkerrechtlichen Verträge (*traités*) aus und ratifiziert sie (Art. 52 Abs. 1 Cst.). Über alle Verhandlungen hinsichtlich nicht der Ratifikation unterstehender Abkommen (*accords*) wird sie informiert (Art. 52 Abs. 2 Cst.) – nur informiert, weil diese Abkommen von untergeordneter Bedeutung sind ⁶⁴⁶.

Diese Machtfülle muss aber relativiert werden: Viele wichtige Verträge können nur auf dem Gesetzesweg, also mit der Zustimmung des Parlamentes, ratifiziert werden (Art. 53; *infra*, n° 180). Wenn kein parlamentarisches Ermächtigungsgesetz zur Ratifikation vonnöten ist, so muss die Präsidentin bzw. der Präsident ihre bzw. seine entsprechenden Verfügungen von der Premierministerin bzw. vom Premierminister gegenzeichnen lassen (Art. 19 Cst.). Diese oder dieser leitet die Tätigkeit der Regierung (Art. 21 Cst.), und nach Art. 20 Cst. ist es die Regierung, welche die Politik der Nation bestimmt und leitet. Wenn sich die Präsidentin auf eine parlamentarische Mehrheit stützen kann, wird die Premierministerin trotz diesen grossen verfassungsmässigen Kompetenzen nur schwerlich im Stande sein, die Gegenzeichnung zu verweigern, es sei denn, sie oder er biete seinen Rücktritt an. Die Gegenzeichnung ist unter diesen Umständen eine Formalität, und der Einfluss der Präsidentin ungleich grösser als ihre

⁶⁴⁴ BURDEAU/HAMON/TROPER, S. 538; vgl. GOESEL-LE BIHAN, S. 205; KOHLHAMMER, S. 100; HALLER, *Verfassungsreform*, S. 218; LUCHAIRE, *ibid.*, S. 45; ZOLLER, S. 450

⁶⁴⁵ COMBACAU/SUR, S. 183

⁶⁴⁶ DUVERGER, S. 289

(in Art. 19 Cst. aufgelisteten) *pouvoirs propres*. Diese sind dagegen in Zeiten der *cohabitation* die einzigen Kompetenzen, welche sie eigenständig und ohne Rücksicht auf die Meinung der Regierung wahrnehmen kann⁶⁴⁷. Der Präsident kann zwar entscheiden, einen Gesetzesentwurf über die Ratifikation eines Vertrags, der nicht verfassungswidrig ist, aber Auswirkungen auf die Funktion der staatlichen Institutionen hätte, dem Referendum zu unterstellen, womit Gegenzeichnung durch den Premierminister bzw. Ratifikation durch das Parlament entfallen, doch kann er ein Referendum nicht aus eigener Initiative organisieren, sondern nur auf Vorschlag der Regierung oder des Parlaments (Art. 11 Cst.; s. n° 183).

177. *Fortsetzung. Unklare Aufteilung präsidentialer und gouvernementaler Zuständigkeit.*- Es ist also nicht so, dass die Aussenpolitik die *domaine réservée* des Präsidenten der Republik wäre; sie gehört vielmehr zu den *pouvoirs partagés*. Wo genau die Trennlinie indes verläuft, lässt die Verfassung offen. Der *Conseil constitutionnel* ist zur Klärung von Kompetenzstreitigkeiten zwischen Präsidenz und Regierung nicht zuständig⁶⁴⁸. Vielmehr ist es die Präsidentin selber, der nach Art. 5 Cst. über die Einhaltung der Verfassung wacht und durch ihren Schiedsspruch das ordnungsgemässe Funktionieren der öffentlichen Gewalten sicherstellt: Im Falle von Kompetenzstreitigkeiten kommt ihrem Standpunkt daher ein grosses Gewicht zu⁶⁴⁹. Eine von Präsident MITTERAND eingesetzte Kommission, welche im Februar 1993 Vorschläge zur Verfassungsrevision vorlegte, war denn auch wohl nicht von ungefähr der Ansicht, auf eine Präzisierung der Rollenverteilung in Bezug auf die Aussenpolitik verzichten zu können⁶⁵⁰.

Durch die Volkswahl (Art. 6 Cst.) hat der Präsident der V. Republik eine starke Stellung, die es ihm erlaubt, seine verfassungsmässigen Rechte voll auszuschöpfen. Die Verpflichtung zur Gegenzeichnung seiner Verfügungen zur Ratifikation völkerrechtlicher Verträge (n° 176) bedeutet nur, dass er seine Kompetenzen teilen muss, doch zur Aushandlung der Verträge bedarf er keiner Gegenzeichnung. Sicherlich muss die Präsidentin auch während der Verhandlungsphase mit der Aussenministerin zusammenarbeiten, doch die Führung liegt nach Art. 52 Cst. bei ihr selbst. Sogar während der *cohabitation*, wenn alle übrigen Gesetzesentwürfe ohne präsidentiale Zustimmung ergehen, kann die Aussenpolitik und insbesondere der Abschluss von Verträgen also nicht gegen den Willen der Präsidentin erfolgen⁶⁵¹. Kann sie sich dagegen auf eine

⁶⁴⁷ BURDEAU/HAMON/TROPER, S. 541-542

⁶⁴⁸ *ibid.*, S. 542

⁶⁴⁹ *ibid.*; DUVERGER, S. 270-271

⁶⁵⁰ vgl. HALLER, *Verfassungsreform*, S. 217-218

⁶⁵¹ DUVERGER, S. 325; BURDEAU/HAMON/TROPER, S. 542-543

parlamentarische Mehrheit stützen, ist die Gegenzeichnung wie erwähnt nur eine Formalität.

Präsident FRANÇOIS MITTERAND äusserte als erster Präsident der V. Republik einer *cohabitation* dezidiert, dass Verfassung und Brauch dem Staatspräsidenten eine Vorrangstellung im Bereich des Auswärtigen einräumten⁶⁵². Als Premierminister fasste JACQUES CHIRAC die Situation dahingehend zusammen, dass in der Aussen- und der Verteidigungspolitik die Verantwortung von Staatspräsident und Regierung geteilt sei, aber die Verfassung keine klare Trennlinie festlege. Der Brauch wolle es zwar, dass dem Präsidenten die grössere Verantwortung zukomme, doch sei die Zustimmung der Regierung unbedingt notwendig, da die Ausführung der Entscheide von dieser abhängen⁶⁵³. Unter CHIRAC als Staatspräsident pochte auch Premierminister LIONEL JOSPIN auf sein Mitspracherecht; als – kurz nach seiner Ernennung zum Premierminister – unterschiedliche Auffassungen über den Stabilitätspakt zur Währungsunion bestanden, stellte das Präsidialamt in Paris am 13. Juni 1997 fest, dass die Verhandlungsführung bei der Regierung, nicht beim Staatspräsidenten liege⁶⁵⁴. Dieses Vorgehen wurde vom ehemaligen Staatspräsidenten VALÉRIE GISCARD D'ESTAING gutgeheissen⁶⁵⁵: Eine Zusammenarbeit von Staatspräsident und Regierung sei nur möglich, wenn beide dem gleichen politischen Lager angehörten. In Zeiten der *cohabitation* dagegen müsse jeweils abgeklärt werden, wer der *principal acteur* sei. Für die Währungsunion sei dies die Regierung. Dies ist tatsächlich die effizienteste Lösung.

178. *Fortsetzung. Zuständigkeit der Regierung.*– Die Rolle der Regierung in der Aussenpolitik hängt wie erwähnt von der politischen Konstellation ab.

Unabhängig davon folgt implizit aus Art. 52 Cst., dass zu Verhandlung und Abschluss aller nicht der Ratifikation unterstehenden völkerrechtlichen Abkommen – der *accords* – der Aussenminister zuständig ist, während die Präsidentin oder der Präsident der Republik über die entsprechenden Verhandlungen nur informiert wird⁶⁵⁶. Die Verfassung liefert allerdings keine materiellen Kriterien zur Unterscheidung von *traités* und *accords*, noch zur weiteren Differenzierung von *accords approuvés* und *accords simplifiés*, welche letztere ohne Genehmigung durch das Parlament mit der Unterzeichnung in Kraft treten⁶⁵⁷. Während der Unterscheidung von *accords*

⁶⁵² s. KOHLHAMMER, S. 95

⁶⁵³ zitiert bei GOESEL-LE BIHAN, S. 215

⁶⁵⁴ s. die Hinweise bei KOHLHAMMER, S. 95-96

⁶⁵⁵ Le Monde vom 12. Juli 1997, S. 3 (zitiert in KOHLHAMMER, S. 96)

⁶⁵⁶ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 154; COMBACAU/SUR, S. 121; KOHLHAMMER, S. 112

⁶⁵⁷ So NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 150 und COMBACAU/SUR, *ibid.*; für CARREAU (Nr. 267) dagegen sind die *accords non soumis à ratification* mit den *accords en forme simplifiée* identisch und umfassen den nach Art. 37 Cst. reglementarischen, d.h. nicht durch Gesetz zu ordnenden, Bereich; vgl. KOHLHAMMER, S. 106-107, m. w. Hinw.

approuvés und *simplifiés* verwaltungstechnische Opportunitätsüberlegungen zu Grunde zu liegen scheinen, wird die Unterscheidung von *traités* und *accords* vom zwischen der Regierung und der Präsidentin oder dem Präsidenten bestehenden, politisch bedingten Gleichgewicht bestimmt; einzig Friedens- und Handelsverträge müssen nach Art. 53 Cst. stets in die Form des *traité* gekleidet werden (vgl. n° 180). Die Kompetenzaufteilung von Art. 52 Cst. widerspiegelt die semipräsidentiell-semiparlamentarische Regierungsform, die durch die Aufteilung der Regierungsaufgaben auf zwei Organe möglich ist ⁶⁵⁸.

179. *Die Legislative. Sie spielt eine untergeordnete Rolle.*- Das Gewicht des Parlaments wurde in der Verfassung von 1958 zu Gunsten einer starken Exekutive sehr vermindert (n° 175). Das Parlament besitzt zwei grosse Kompetenzen: die *Gesetzgebung* und die *Kontrolle* der Regierung mittels mündlicher und schriftlicher Fragen, Untersuchungskommissionen und Vertrauensabstimmungen, wobei letztere zwei Instrumente einzig in der Macht der Nationalversammlung sind, nicht aber des Senats (Art. 49 Cst.) ⁶⁵⁹.

180. *Fortsetzung. a) Einfluss über die Gesetzgebungskompetenz.*- Diese Bändigung des parlamentarischen Einflusses spiegelt sich auch im Titel über die völkerrechtlichen Verträge wieder. In Art. 53 Abs. 1 bestimmt die Verfassung abschliessend, für welche Verträge zur Ratifikation ein Ermächtigungsgesetz des Parlaments nötig ist:

Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'Etat, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi.

Diese Liste umfasst nicht alle wichtigen politischen Verträge – es fehlen z.B. Bündnis-, Nichtangriffs- und Beistandsverträge –, schliesst aber all jene Abkommen ein, welche die Kompetenzen des Parlaments oder die Rechte und Pflichten von Einzelnen direkt betreffen ⁶⁶⁰. Das Ermächtigungsgesetz des Parlaments gibt der Präsidentin bzw. dem Präsidenten der Republik oder der Regierung zwar die Erlaubnis zur Ratifikation bzw. Genehmigung des Vertrags, verpflichtet diese aber nicht dazu ⁶⁶¹. Und wenn es mit

⁶⁵⁸ COMBACAU/SUR, *ibid.*; KOHLHAMMER, S. 105, m. w. Hinw.

⁶⁵⁹ vgl. DUVERGER, S. 373 u. 392; vgl. LUCHAIRE, *Participation*, S. 54

⁶⁶⁰ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 152; DUVERGER, S. 385; KOHLHAMMER, S. 140; BURDEAU, S. 845-846; LUCHAIRE, *ibid.*, S. 49-50; PELLET, S. 1012

⁶⁶¹ DUVERGER, S. 385-386; NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 151; COMBACAU/SUR, S. 121; KOHLHAMMER, S. 124-125; LUCHAIRE, *ibid.*, S. 47; PELLET, S. 1046

parlamentarischer Mitwirkung zur Ratifikation eines Abkommens kommt, so ist es trotzdem die Exekutive, die alleine kündigen oder suspendieren kann ⁶⁶².

Das Parlament hat abgesehen von diesem Genehmigungsrecht nur sehr beschränkte Kompetenzen. Das Parlament, das Gesetzesinitiativen ergreifen kann (Art. 39 Cst.), verfügt nicht über ein entsprechendes Initiativrecht zum Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags ⁶⁶³. Es wird erst nach Unterzeichnung eines Vertrages aktiv, und das nur, um diesen zu ratifizieren oder abzulehnen; es kann gemäss der Reglemente beider Kammern keine Änderungen vornehmen ⁶⁶⁴. Zudem werden der Legislative Vorbehalte, Auslegungen und Erklärungen, welche die Tragweite eines Abkommens verändern können, nicht immer mitgeteilt ⁶⁶⁵, und es liegt im Ermessen der Regierung, wann es dem Parlament den Vertrag zur Ratifikation unterbreiten will ⁶⁶⁶. Dies erklärt, weshalb der Erlass eines Ermächtigungsgesetzes eine blosser Formalität zu sein scheint, der das Parlament wenig Zeit widmet ⁶⁶⁷.

Weiter gemindert wird der Einfluss des Parlaments gegenüber der Exekutive durch die Möglichkeit der Staatspräsidentin oder des Staatspräsidenten, auf Vorschlag der Regierung Verträge mit Auswirkung auf die staatlichen Institutionen durch Unterstellung unter das Referendum der parlamentarischen Zustimmung zu entziehen (n° 183). Ausserdem ist zur Gültigkeit von Verträgen über Gebietsänderungen zusätzlich zur parlamentarischen Genehmigung die Zustimmung der betroffenen Bevölkerung notwendig (n° 182). Und schliesslich kann das Parlament bei abgeleitetem Gemeinschaftsrecht nicht mitwirken, ebenso wenig wie bei anderem, aus ordnungsgemäss ratifizierten Verträgen abgeleiteten Normen, da diese nicht der Ratifikation unterstehen und somit nicht unter Art. 53 Cst. fallen ⁶⁶⁸.

Eine (bescheidene) Aufwertung der Rolle des Parlaments brachte einzig die Verfassungsrevision von 1992 mit Art. 88-3 Cst., der die Anwendung der Bestimmungen des EU-Vertrags über das Stimm- und Wahlrecht auf Gemeindeebene für in Frankreich niedergelassene Unionsbürgerinnen und -bürger von der Verabschiedung eines entsprechenden Gesetzes durch das Parlament abhängig macht (vgl. n° 171).

181. Fortsetzung. b) Einfluss über die Kontrollkompetenz.- Das Parlament kann ausserdem über seine Kontrollfunktion (n° 179) Einfluss auf die Aussenpolitik nehmen. Es übt diese jedoch in internationalen Belangen traditionellerweise nur sehr zurückhal-

⁶⁶² PELLET, S. 1050-1051; KOHLHAMMER, S. 260; LUCHAIRE, *ibid.*, S. 53

⁶⁶³ PELLET, S. 1037

⁶⁶⁴ LUCHAIRE, *Participation*, S. 45, 46-47 u. 48-49, m. w. Hinw.; COMBACAU/SUR, S. 122; KOHLHAMMER, S. 131; PELLET, S. 1039-1041

⁶⁶⁵ COMBACAU/SUR, *ibid.*; KOHLHAMMER, *ibid.*; LUCHAIRE, *Participation*, S. 46 und 54

⁶⁶⁶ LUCHAIRE, *ibid.*, S. 47-48

⁶⁶⁷ LUCHAIRE, *ibid.*, S. 48

⁶⁶⁸ KOHLHAMMER, S. 170-171

tend aus⁶⁶⁹. Die parlamentarische Kontrolle wird dadurch erschwert, dass die Regierung die Legislative nicht immer über Vorbehalte, Auslegungen und Erklärungen informiert, welche die Tragweite eines Abkommens verändern können. Ein Parlamentsmitglied könnte mündliche oder schriftliche Fragen stellen, welche die Regierung beantworten müsste. Aber die Antwort der Regierung dient nur der Information. Das Parlament kann sie nicht zum Gegenstand einer Abstimmung machen⁶⁷⁰. Die Nationalversammlung hat noch nie eine Vertrauensabstimmung wegen der Anwendung oder Nichtanwendung eines Vertrags durchgeführt⁶⁷¹. Auch über Untersuchungskommissionen finden sich keine Hinweise im Schrifttum.

Weniger Zurückhaltung üben die Abgeordneten in Bezug auf die europäischen Angelegenheiten⁶⁷². Der 1992 im Hinblick auf die Ratifikation des Vertrags über die Europäische Union eingeführte Art. 88-4 Cst. (vgl. dazu n° 171) verpflichtet die Regierung, dem Parlament Entwürfe oder Vorschläge von Gemeinschaftsakten zu unterbreiten, die Bestimmungen gesetzlicher Natur enthalten, sobald diese dem Rat vorlegt werden, und berechtigt es, dazu Beschlüsse zu verabschieden. Nun sind allerdings solche Beschlüsse für die Regierung nicht verbindlich⁶⁷³, und zudem bestimmt die Regierung, welche Vorschläge gesetzlicher Natur sind. Letzteres veranlasste den Abgeordneten PIERRE MAZEAUD, die „*hypocrisie*“ bei der parlamentarischen Beteiligung zu beklagen: « *(Le gouvernement) pourrait aller jusqu'à prétendre qu'il n'y a pas d'actes communautaires de nature législative. Que pourrions-nous faire, sinon pleurer sur l'article 88-4 et nous demander 'à quoi a servi cette réforme constitutionnelle?'* »⁶⁷⁴.

182. *Die betroffene Bevölkerung nach Art. 53 Abs. 3 Cst.*- Völkerrechtliche Verträge, die eine Änderung des Staatsgebiets zur Folge haben, sind nach Art. 53 Abs. 3 Cst. nur gültig, wenn die betroffene Bevölkerung ihr Einverständnis ausgedrückt hat. Diese Bestimmung, die Art. 27 Abs. 2 der Verfassung von 1946 entspricht, lautet: « *Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées.* » Sie trägt dem Selbstbestimmungsrecht der Völker Rechnung und führt damit ein direktdemokratisches Element in die auswärtigen Angelegenheiten Frankreichs ein.

Während der IV. Republik haben zwei Referenden stattgefunden – über den im Friedensvertrag mit Italien von 1947 vorgesehenen Übergang von Tende und Brigue an

⁶⁶⁹ COMBACAU/SUR, S. 122; kritisch KOHLHAMMER, S. 129; vgl. LUCHAIRE, *Participation*, S. 54-55

⁶⁷⁰ LUCHAIRE, *ibid.*

⁶⁷¹ LUCHAIRE, *ibid.*, S. 47

⁶⁷² COMBACAU/SUR, S. 122; vgl. auch LUCHAIRE, *ibid.*, S. 55-56

⁶⁷³ so der *Conseil constitutionnel* in der Entscheidung Nr. 92-314 DC vom 17. Dezember 1992, in RFDC 1993, S. 137

⁶⁷⁴ JO, Débats Assemblée nationale, 24. April 1994, S. 1274; vgl. KOHLHAMMER, S. 135

Frankreich und die im Abkommen vom 21. Oktober 1954 vereinbarte Abtretung der französischen *comptoirs* an Indien⁶⁷⁵ –, während der V. Republik deren sieben: 1959 auf den Inseln Wallis und Futuna, 1962 in Algerien, 1966 und 1977 in Djibuti, 1974 auf den Komoren, 1976 auf Mayotte und 1988 in Neukaledonien, wobei in letzteren beiden Fällen die Gebietsänderungen nicht durch Verträge, sondern Gesetze zu Stande kamen⁶⁷⁶.

183. *Die Bürgerinnen und Bürger im Referendum nach Art. 11 Cst.* – Art. 11 Cst. bestimmt, dass der Präsident der Republik, auf Vorschlag der Regierung oder des Parlaments, jeden Gesetzesentwurf über die Ratifikation eines Vertrages dem Referendum unterbreiten kann, der, ohne verfassungswidrig zu sein, Auswirkungen auf die Funktion der staatlichen Institutionen hätte. Diese Bestimmung geht auf den Willen der verfassungsgebenden Gewalt von 1958 zurück, der Präsidentin oder dem Präsidenten die Kompetenz zu geben, ein Gesetz unter Umgehung des Parlaments direkt vom Volk genehmigen zu lassen⁶⁷⁷. Hierzu muss zuvor ein entsprechender Vorschlag der Regierung oder der beiden Kammern des Parlaments vorliegen; der Entscheid, ein Referendum zu veranstalten, liegt darauf aber allein bei der Präsidentin oder beim Präsidenten⁶⁷⁸. Mehr als ein Instrument der direkten Demokratie ist das Referendum somit ein Werkzeug zur Stärkung der Position des Staatspräsidiums gegenüber dem Parlament. Frankreichs Bürgerinnen und Bürger haben kein eigenständiges Recht auf direkte Mitwirkung in der Politik und mithin auch keine eigenen Kompetenzen in der Aussenpolitik.

Das Referendum kommt v.a. bei wichtigen Verträgen im Rahmen internationaler Organisationen zur Anwendung, welche die Kompetenzen der nationalen Organe stark betreffen, ohne indes verfassungswidrig zu sein. Zu Referenden kam es bisher drei Mal: Am 8. April 1962 über die Verträge von Evian über die Unabhängigkeit Algeriens, am 23. April 1972 über das Brüsseler Abkommen zur ersten Erweiterung der

⁶⁷⁵ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 152; vgl. n° 185, Fn. 683

⁶⁷⁶ Wie der Conseil constitutionnel mit den Entscheiden vom 30. Dezember 1975 bezüglich Mayotte (Rec., S. 26 sowie D. 1976, S. 537) und vom 22. Juni 1987 bezüglich Neukaledonien (Rec., S. 34) festgehalten hat, findet die Bestimmung auch Anwendung, wenn ein französisches Gebiet in die Unabhängigkeit entlassen wird, was formell nicht durch Vertrag, sondern ein Gesetz geschieht. In Bezug auf Neukaledonien wurde 1998 ein neuer XIII. Titel mit Übergangsbestimmungen über die Durchführung eines Referendums über das Abkommen von Nouméa vom 5. Mai 1998 zwischen der französischen Regierung und der lokalen Bevölkerung (Art. 76) und die definitive Übergabe der Staatskompetenzen an die Behörden Neukaledoniens (Art. 77) in die Verfassung aufgenommen; DUVERGER, S. 242-243; NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 152; CARREAU, Nr. 262; nach Ansicht von SUR (COMBACAU/SUR, S. 122) sind die Referenden auf einer anderen rechtlichen Grundlage als von Art. 53 Abs. 3 Cst. durchgeführt worden, im Falle Algeriens etwa in Anwendung von Art. 11 Cst. s. zum Ganzen auch LUCHAIRE, *Participation*, S. 48, und PELLET, S. 1051-1057

⁶⁷⁷ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 153

⁶⁷⁸ *ibid.*; DUVERGER, S. 241

EWG um das Vereinigte Königreich, Irland und Dänemark, sowie am 20. September 1992 über den Maastrichter Vertrag (*supra*, n° 171) ⁶⁷⁹.

184. *Die Judikative.*- Die Gerichte wenden die allgemeinen Regeln des Völkerrechts ohne weiteres an (n° 151). Sie tragen damit zur Durchsetzung und Weiterentwicklung des Völkerrechts bei (vgl. n° 16). Der *Conseil constitutionnel* könnte ein gegen sie verstossendes Gesetz für verfassungswidrig erklären, was bislang aber noch nie vorkam; Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichte können ein Gesetz einzig im Lichte der allgemeinen Regeln des Völkerrechts auslegen (n° 154). Dabei sind die französischen Gerichte um eine völkerrechtskonforme Auslegung bemüht (n° 152).

Völkerrechtliche Verträge kann der *Conseil constitutionnel* für verfassungswidrig erklären, allerdings nur auf Veranlassung der Präsidentin bzw. des Präsidenten der Republik, der Premierministerin oder des Premierministers, der Präsidentin oder des Präsidenten der Nationalversammlung, der Präsidentin oder des Präsidenten des Senats oder von 60 Abgeordneten oder Senatsmitgliedern (n° 156). Die Staatspräsidentin bzw. der Staatspräsident ist nach Ansicht der Lehre nur dann verpflichtet, das Gericht mit der Abklärung der Verfassungsmässigkeit eines Vertrags zu befassen, wenn er diesbezügliche Zweifel hat und ein Referendum nach Art. 11 Cst. durchzuführen gedenkt ⁶⁸⁰. Tatsächlich könnten Regierung und Präsidenz durch ein Referendum nach Art. 11 Cst. eine Normenkontrolle auf Veranlassung des Parlaments verhindern (n° 156). Der *Conseil constitutionnel* prüft die Verfassungsmässigkeit eines Abkommens frei, was wohl durch den präventiven Charakter der Kontrolle begünstigt wird. Die Rolle des *Conseil constitutionnel* ist bescheidener als diejenige des deutschen Bundesverfassungsgerichts (n° 134) oder des amerikanischen *Supreme Court* (n° 290), da seine Verfassungsmässigkeitskontrolle nur präventiv, im Prinzip fakultativ und nur auf die Veranlassung von Politikerinnen und Politikern hin erfolgt.

Die Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichte wenden ratifizierte bzw. genehmigte und publizierte Verträge mit Gesetzesvorrang an, und die Einzelperson kann sich auf sie berufen, wenn sie direkt anwendbar sind (n° 158). Die Entscheidung der Regierung, ein Abkommen dem Parlament vorzulegen oder nicht, überprüfen sie nicht konsequent oder gar nicht (n° 157 *in fine*), und die Vergewisserung, ob Reziprozität als weitere Anwendungsbedingung (ausgenommen für humanitäre, private Verhältnisse regelnde und EU-Verträge) vorliegt, überlassen sie dem Aussenministerium (n° 158). Zur Auslegung der Verträge erklären sich Zivil- und Verwaltungsgerichte erst seit den Neunziger Jahren zuständig, nicht aber die *chambre criminelle*, die auch dies dem Aussenministerium überlässt (n° 159). Es dürfte jedoch nur eine Frage der Zeit sein, bis

⁶⁷⁹ COMBACAU/SUR, S. 122-123; NGUYEN/DAILLIER/PELLET, S. 153; CARREAU, Nr. 269

⁶⁸⁰ KOHLHAMMER, S. 203

auch die Kriminalkammer seine Rechtsprechung unter dem Druck der EMRK und dem Vorbild ihrer Kolleginnen und Kollegen anpasst.

185. *Fortsetzung. Ungenügende gerichtliche Sicherung der Kompetenzverteilung.*- Die Zivil- und Strafgerichte überprüfen nicht konsequent, ob vor dem Vertragsschluss die Ermächtigung des Parlaments nach Art. 53 Cst. vorlag oder hätte vorliegen sollen, und der *Conseil d'Etat* lehnt eine Prüfung konsequent ab, da er die Entscheidung der Exekutive als unanfechtbaren *acte de gouvernement* betrachtet (n° 157 *in fine*)⁶⁸¹. Der *Conseil d'Etat* hat so schwerwiegende, offensichtliche Verfassungswidrigkeiten wie die fehlende parlamentarische Ermächtigung⁶⁸² und die unterbliebene Konsultation der von einer Gebietsänderung betroffenen Bevölkerung⁶⁸³ nicht in Betracht gezogen. Der *Conseil constitutionnel* schliesslich hat im Verfahren nach Art. 54 Cst. zwar schon einmal erwogen, vor der Ratifikation des betreffenden Vertrages müsse eine parlamentarische Ermächtigung gemäss Art. 53 Cst. vorliegen, damit dieser verfassungskonform sei⁶⁸⁴, aber im Verfahren nach Art. 61 Cst., in dem er die ordnungsgemässe Beteiligung des Parlaments überprüfen kann, hat er dessen fehlende Beteiligung bislang nie sanktioniert⁶⁸⁵. Herrin über die Auslegung von Art. 53 Cst. ist die Exekutive, da Bestimmungen über eine Kontrolle vor der Ratifikation und eine Sanktion für die Nichtberücksichtigung der parlamentarischen Zuständigkeit nach der Ratifikation fehlen. So macht die Exekutive von Art. 53 Cst. Gebrauch, wie es ihr gut scheint, nach „*considérations d'opportunité politique*“: Bisweilen legt sie die Bestimmung restriktiv aus und unterbreitet ein Abkommen dem Parlament nicht, und bisweilen unterbreitet sie Abkommen, obwohl sie dazu rechtlich nicht verpflichtet wäre⁶⁸⁶. Das Parlament könnte zwar gegen einen Vertragsschluss, der ohne seine Zustimmung erfolgte, protestieren, indem es einen Misstrauensantrag (*motion de censure*) gegenüber der Regierung verabschiedet (Art. 49 Abs. 2 Cst.), doch ist wenig wahrscheinlich, dass dieses extreme Mittel für die Nichtbeachtung von Art. 53 Cst. zur Anwendung kommt⁶⁸⁷. Das Parlament kann auch nicht durch Streichung der

⁶⁸¹ KOHLHAMMER, S. 172

⁶⁸² *Conseil d'Etat, André et Sté des tissages Nicolas Caimant*, vom 4. März 1961, Rec., S. 134 sowie RGDIP 1961, S. 626

⁶⁸³ Entscheid vom 27. Juni 1958 über die 1954 erfolgte Abtretung der französischen *comptoirs* in Indien, Rec., 403, sowie D. 1959, S. 121

⁶⁸⁴ s. Entscheid Nr. 70-39 DC vom 19. Juni 1970, Rec., S. 15

⁶⁸⁵ „Consolidation-des-dettes-commerciales-Entscheidung“, Nr. 75-60 DC, vom 30. Dezember 1975 (Rec., S. 23 und JO, 31. Dezember 1975, S. 13652), wonach die Verabschiedung von Globalkrediten für die internationale Hilfe durch das Parlament die Ermächtigung zum Abschluss bilateraler Verträge mit Nehmerstaaten beinhalte; s. auch Entscheid Nr. 78-93 DC vom 29. April 1978, Rec., S. 23, und Nr. 78-99 DC vom 29. Dezember 1978, Rec., S. 36; vgl. KOHLHAMMER, S. 174-175; CARREAU, Nr. 268

⁶⁸⁶ PELLET, S. 1019-1020

⁶⁸⁷ *ibid.*, S. 1022

Finanzmittel einen Vertrag faktisch ausser Kraft setzen: Das entsprechende Gesetz wäre verfassungswidrig, da die Regierung für die effektive Anwendung der völkerrechtlichen Verträge verantwortlich ist ⁶⁸⁸.

3. Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung

186. *Es verstärkt das Gewicht der Exekutive zu Lasten der Legislative.*- Die den Absichten CHARLES DE GAULLES entsprechende dominierende Rolle der Exekutive in der Aussenpolitik (n° 175, 179) führt insbesondere wegen des Gesetzesvorrangs der Verträge (n° 163) mit einer zunehmenden Bedeutung des Völkerrechts zu einer Verminderung des parlamentarischen Einflusses. Verstärkt wird dieser Effekt durch die Gerichte, die zwar völkerrechtliche Normen gegen die Gesetze durchsetzen, was ihnen eine beträchtliche Machtstellung gegenüber dem Parlament gibt, die Einhaltung der parlamentarischen Beteiligung am Vertragsschluss aber gar nicht oder nicht systematisch kontrollieren (n° 185), teilweise die Auslegung der Verträge immer noch der Aussenministerin oder dem Aussenminister überlassen (n° 162) und, im Falle des sekundären Gemeinschaftsrechts, die Prüfung der Verfassungsmässigkeit ablehnen, auch wenn dieses innerstaatlich durch Gesetz geregelte Bereiche betrifft (n° 170): Das Parlament kann diesbezüglich weder den *Conseil constitutionnel* befassen, noch der Regierung Weisungen erteilen, sondern nur nichtbindende Resolutionen fassen – sofern ihm entsprechende Erlasse – von der Regierung – mitgeteilt werden (n° 181). Besonders in Bezug auf die Rechtsetzung im Rahmen der EU herrscht somit ein Ungleichgewicht zu Gunsten der Exekutive und zu Lasten des Parlaments.

a) Einfluss der allgemeinen Regeln des Völkerrechts

187. *Die Präsidentin bzw. der Präsident übt den grössten Einfluss auf deren Bildung aus.*- Alle Staatsorgane sind an der Bildung von Gewohnheitsrecht beteiligt (n° 16). Wegen der *prééminence présidentielle* auf die Führung der Aussenpolitik kann die *Staatspräsidentin* bzw. der Staatspräsident die Bildung des Völkergewohnheitsrechts über externe Akte wohl am meisten beeinflussen; allerdings ist in Zeiten der *cohabitation* dabei der Einfluss der *Regierung* gross. Jedenfalls aber ist der Einfluss der Exekutive – mit allen schon in n° 176 erwähnten Einschränkungen – hier bestimmend.

⁶⁸⁸ LUCHAIRE, *Participation*, S. 53, m. w. Hinw.

Das *Parlament* hat indirekten Einfluss über die Regierung, welche von seinem Vertrauen abhängig ist (Art. 49 Cst.), und durch die Gesetzgebung in völkerrechtsrelevanten Gebieten, wie z.B. Nationalität, Strafrecht, Verstaatlichungen (Art. 34; vgl. n° 16).

Ebenso haben die *Gerichte* mit Urteilen in völkerrechtsrelevanten Gebieten Teil an der Bildung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts. Der *Conseil constitutionnel* kann Gesetze auf ihre Konformität mit den allgemeinen Regeln des Völkerrechts überprüfen und könnte so in diesem Rahmen zu deren Fortbildung beitragen, ebenso wie die übrigen Gerichte, die zur völkerrechtskonformen Auslegung der Gesetze zuständig sind (n° 154).

Kaum erwähnenswert ist dagegen der Einfluss der *Bürgerinnen* und Bürger über die seltenen Referenden, die sie nicht aus eigener Initiative ergreifen können und die zudem bislang keinen für das Wohnheitsrecht oder die allgemeinen Rechtsgrundsätze relevanten Gegenstand hatten. Und es würde zu weit führen, die Wahl der die Aussenpolitik bestimmenden Staatspräsidentin bzw. des Staatspräsidenten als Einfluss auf die allgemeinen Regeln des Völkerrechts zu bezeichnen.

In Bezug auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Prinzipien der Gerechtigkeit oder juristischen Logik (n° 24) kann man kaum sagen, ein bestimmtes Staatsorgan beeinflusse deren Bildung besonders.

188. *Alle Gewalten müssen die allgemeinen Regeln des Völkerrechts beachten; Sanktion nur für Gesetze.*- Der monistischen Tradition gemäss geniessen die allgemeinen Regeln des Völkerrechts ohne weiteres innerstaatliche Geltung und werden von den Gerichten berücksichtigt. Die gewöhnlichen Gerichte räumen ihnen nicht Gesetzesvorrang ein, sie sind jedoch zu einer völkerrechtskonformen Auslegung des Landesrechts verpflichtet (n° 153). Einzig der *Conseil constitutionnel* könnte ein Gesetz gestützt auf allgemeine Regeln des Völkerrechts für verfassungswidrig erklären (n° 154). Es könnte dann nur nach einer Verfassungsrevision in Kraft treten, wozu neben dem Parlament die Exekutive oder das Volk beteiligt sind (Art. 89 Cst.). Verwaltungsakte werden auf Grund der Rechtsprechung des *Conseil d'Etat* von den allgemeinen Regeln des Völkerrechts dagegen nur betroffen, wenn diese als landesrechtliche allgemeine Rechtsgrundsätze gelten können (n° 152 *in fine*). Auf Grund von Abs. 14 der Präambel der Verfassung von 1946 ist die Exekutive zwar ebenso wie die Legislative und die Judikative zur Beachtung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts verpflichtet (n° 148-149), eine juristische Sanktion besteht indes nur für Gesetze.

189. *Fazit: Einflussgewinn der Judikative.*- Wie erwähnt können alle Staatsgewalten auf die allgemeinen Regeln des Völkerrechts einwirken. Dem *Conseil constitutionnel* stellen die allgemeinen Regeln des Völkerrechts einen zusätzlichen Kreis von Normen zur Verfügung, auf die er bei der Kontrolle der Verfassungsmässigkeit der Gesetze –

die er allerdings nicht aus eigenem Antrieb, sondern nur auf Initiative der Exekutive oder der Legislative wahrnimmt – zurückgreifen und die er dabei natürlich auch gestalten kann (vgl. n° 140; n° 154). Er verfügt damit über eine zusätzliche Einflussmöglichkeit auf die Gesetzgebung. Die Stellung aller Gerichte wird durch die Kompetenz zur völkerrechtskonformen Auslegung des Landsrechts (n° 153) gegenüber der Legislative und der Exekutive gestärkt, während das Parlament von den allgemeinen Regeln des Völkerrechts vorwiegend passiv betroffen wird.

b) Einfluss des Vertragsrechts

190. *Es wirkt zu Lasten der Legislative und zu Gunsten der Exekutive ...*- Die Staatspräsidentin bzw. der Staatspräsident ist Inhaber der Vertragsschlussgewalt, die sie oder er mit seiner direktdemokratischen Legitimation selbstbewusst ausüben kann; nur während einer *cohabitation* muss sie oder er seine Machtfülle mit der Regierung teilen (n° 176, 177). Da Verträge von Verfassungen wegen den Gesetzen vorgehen (Art. 55 Cst.), sollte die Beteiligung des Parlaments an allen Abkommen, die Bereiche seiner Zuständigkeit berühren (Art. 53 Cst.), die Parallelität von landes- und völkerrechtlichen Kompetenzen sicherstellen, also mit den (im Rahmen der Materialien zur Verfassung von 1958 geäußerten) Worten des juristischen Beraters des Aussenministeriums GROS verhindern, „*que le pouvoir exécutif par la conclusion d'un accord (...) n'empiète sur les pouvoirs du Parlement*“⁶⁸⁹. Wie aufgezeigt, besteht eine Parallelität der Kompetenzen indes nur beschränkt (n° 180, 181): Das Parlament verfügt weder über ein Initiativ-, noch ein Mitwirkungsrecht bei völkerrechtlichen Abkommen. Die Verträge werden von der Exekutive ausgehandelt, und wenn sie dem Parlament unterbreitet werden, kann dieses keine Änderungsvorschläge einbringen, sondern sie nur annehmen oder ablehnen, wobei es über die tatsächliche Tragweite des Abkommens nicht einmal notwendigerweise im Bild ist, da ihm die Exekutive Vorbehalte, Auslegungen und Erklärungen nicht immer mitteilt. Und stimmt das Parlament einem Abkommen zu, so verpflichtet dies die Exekutive noch nicht zur Ratifikation; ratifiziert sie es aber, so kann sie es trotzdem ohne Konsultation des Parlaments kündigen oder suspendieren. Werden somit Verträge geschlossen, die – wie z.B. die EMRK – Auswirkungen auf gesetzlich geregelte Bereiche haben, ergibt sich ein Kompetenzverlust des Parlaments zu Gunsten der Exekutive⁶⁹⁰. Verschärft wird das Problem dadurch, dass die Beteiligung des Parlaments keiner konsequenten gerichtlichen Kontrolle untersteht (n° 185).

⁶⁸⁹ vgl. PELLET, S. 140 u. 143

⁶⁹⁰ vgl. BURDEAU, S. 855

Es ist denn von der Lehre und vom *Conseil d'Etat* (*infra*, n° 193) auch schon lange diagnostiziert worden, dass die Gesetzgebungskompetenzen durch die Zunahme der multilateralen Verträge einer „fortschreitenden Erosion“ ausgesetzt seien⁶⁹¹. Es wird denn auch vielerorts bezweifelt, dass die unbedeutende Rolle des Parlaments bei der Ausarbeitung, Auslegung und Anwendung der Verträge demokratischen Anforderungen genüge⁶⁹². LUCHAIRE schlägt deshalb vor, zu unterscheiden zwischen Verträgen, welche nur die zwischenstaatlichen Beziehungen betreffenden, und gesetzesinhaltlichen Verträgen, welche die landesrechtliche Gesetzgebung ersetzen. Für rein zwischenstaatliche Verträge sei das von der Verfassung vorgesehene System, wonach sich die Rolle des Parlaments auf eine politische Kontrolle beschränkt, angemessen; für gesetzesinhaltliche Verträge wäre es dagegen normal, das Parlament bei der Ausarbeitung einzubeziehen⁶⁹³. Ähnliche Überlegungen werden auch in der Schweiz angestellt, s. *infra*, n° 478.

191. ... sowie der Judikative, die nicht immer frei von Einflüssen der Exekutive ist ...- Dieser Kompetenzverlust droht um so mehr, als eine fehlende Zustimmung des Parlaments vor dem Vertragsschluss nach Art. 53 Cst. vor den Zivil- und Strafgerichten oft, vor dem *Conseil d'Etat* immer ohne gerichtliche Sanktion bleibt, weil die Richterinnen und Richter der Ansicht sind, Aussenpolitik sei Regierungssache, und sie würden mit einer Überprüfung des Vertragsschlussverfahrens den Grundsatz der Gewaltenteilung verletzen (n° 157 *in fine*, 184).

Andererseits aber überprüfen die Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichte in der Folge des Entscheids des *Conseil constitutionnel* vom 15. Januar 1975 zum freiwilligen Schwangerschaftsabbruch (n° 166) die Vertragskonformität der Gesetze und können diese gegebenenfalls für unanwendbar erklären. Diese Überprüfung der Gesetze am Massstab von Verträgen, die ohne parlamentarische Mitwirkung und teilweise ohne parlamentarische Kontrolle von der Exekutive ausgehandelt und abgeschlossen wurden, dürfte sich auf immer mehr Bereiche erstrecken⁶⁹⁴. Damit gewinnen die Gerichte an Gewicht gegenüber dem Parlament; mit diesen Auswirkungen dürften die Parlamentsabgeordneten, die den Entscheid des *Conseil constitutionnel* veranlasst hatten, nicht gerechnet haben. Einige unternahmen 1980, 1990 und noch einmal 1993 vergebliche Vorstösse, um den Gesetzesvorrang der Verträge zu verhindern⁶⁹⁵.

Dabei wendet sich die Strafkammer der *Cour de cassation* immer noch zur Auslegung teilweise ans Aussenministerium (n° 159, 162). Das Parlament kann im Fall

⁶⁹¹ so LUCHAIRE, *Participation*, S. 57; vgl. auch PELLET, S. 1011-1012

⁶⁹² LUCHAIRE, *ibid.*, S. 58

⁶⁹³ *ibid.*

⁶⁹⁴ *ibid.*, S. 856

⁶⁹⁵ s. COMBACAU/SUR, S. 187

der Strafkammer so regelrecht umspielt werden und die Regierung über die Anwendung der Gesetze entscheiden. Vor diesem Hintergrund erscheint der Respekt vor der Gewaltenteilung, mit dem die *Cour de cassation* ihre Haltung begründet, als ein Respekt vor Staatspräsidenz und Regierung. Konsequenter ist hier die Rechtsprechung des *Conseil d'Etat*, der sogleich nach seinem Entscheid *Nicolo*, in dem er dem älteren völkerrechtlichen Vertrag Ende der achtziger Jahre Vorrang vor dem Gesetz einräumte (n° 168), auch seine bisherige Praxis aufgab, Auslegungsfragen dem Aussenminister zu überlassen (n° 160).

Allerdings besteht weiterhin das Risiko, dass die Regierung Abkommen benutzt, um den Ausgang eines hängigen Verfahrens zu beeinflussen, wie dies in Fall *Air Afrique* ⁶⁹⁶ geschah, wo mit einem „*accord interprétatif*“ der Sinn eines Vertrages geändert wurde, um den Prozessausgang zu beeinflussen. « *Le procédé a été suffisamment critiqué en l'espèce* », schreibt GENEVIEVE BURDEAU, « *pour qu'on puisse espérer qu'il ne sera plus utilisé, mais il constitue également une violation flagrante des principes de séparation des pouvoirs qui a pu être perpétrée grâce à la prééminence et à l'absence de contrôle dont bénéficie l'exécutif dans la conclusion de nombreux traités.* » ⁶⁹⁷

Der *Conseil constitutionnel* hat es mit seiner Rechtsprechung zu Art. 61 Abs. 2 Cst. bereits vor der Verfassungsrevision von 1992 ermöglicht, dass die parlamentarische Opposition die Verfassungsmässigkeit internationaler Abkommen überprüfen lassen kann (n° 156). Mit dieser Weiterung des Kreises der zur Antragstellung Befugten vergrössert sich auch sein eigener Einfluss ⁶⁹⁸.

192. ... während es ohne Einfluss auf die Kompetenzen des Volks und der betroffenen Bevölkerung ist.- Das Referendum nach Art. 11 Cst. stärkt die Position der Präsidentin bzw. des Präsidenten gegenüber dem Parlament, gibt dem Volk aber keine eigenständige Stellung im Staatsgefüge, da es ein Referendum nicht aus eigener Initiative ergreifen kann (n° 183). Sein Einfluss im Staat wird somit vom Vertragsrecht nur mittelbar, nämlich über die von ihm gewählten Repräsentanten, betroffen. Die betroffene Bevölkerung nach Art. 53 Cst. schliesslich hat ein in der Verfassung verbrieftes Abstimmungsrecht und so eine Organfunktion, die indes vom Vertragsrecht nicht beeinflusst wird.

193. *Reformvorschläge.*- Der *Conseil d'Etat* kam 1985 in einer Studie zum Schluss, die völkerrechtlichen Verträge hätten bis in die erste Hälfte des 20. Jahrhunderts

⁶⁹⁶ Paris, 14. Mai u. 9. Juli 1986, *Lestrat et autres c. Air Afrique* u. *Almayrac et autres c. Air Afrique*, JDI 1986, S. 965, zit. in BURDEAU, S. 839 u. 856

⁶⁹⁷ BURDEAU, S. 856

⁶⁹⁸ vgl. BURDEAU/HAMON/TROPER, S. 499

vornehmlich zwischenstaatliche Verhältnisse geregelt, nunmehr aber schlossen die Staaten Abkommen in den verschiedensten Bereichen mit dem Ziel, eine ähnliche Behandlung ihrer Staatsangehörigen in Bezug auf die vielfältigen Problemen der modernen Gesellschaft zu erreichen⁶⁹⁹. Die alleine von der Exekutive ausgehandelten Abkommen würden, obwohl sie den Gesetzen vorgingen, dem Parlament einzig in den von der Verfassung vorgesehenen Fällen und unter Bedingungen vorgelegt, unter denen dieses nicht wirklich in der Lage sei, deren Form und Inhalt zu überprüfen. In diesem Zusammenhang zeigte der *Conseil d'Etat* sich auch – vier Jahre vor seiner Praxisänderung (n° 168) – beunruhigt über die Rolle eines Gesetzesensors, den sich die Zivil- und Strafgerichte mit dem Segen des *Conseil constitutionnel* angemasst hätten⁷⁰⁰. Dies bewog die Lehre zur Frage, ob die völkerrechtlichen Verträge nicht das in der Verfassung vorgesehene Gleichgewicht der Gewalten durcheinanderbringe⁷⁰¹ und somit eine Verfassungsänderung angezeigt wäre (vgl. auch n° 190)⁷⁰². Ein unter FRANÇOIS MITTERAND ausgearbeiteter Verfassungsentwurf von 1993 sah aber nur eine bescheidene Verstärkung der Rechte des Parlaments vor, indem nach dem neuen Art. 52 Cst. Vorbehalte und Erklärungen zu völkerrechtlichen Verträgen ebenfalls durch das Ermächtigungsgesetz gedeckt sein müssten, und ein Fünftel der Parlamentsmitglieder mit der Unterstützung eines Zehntels der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger über internationale Abkommen, welche die Grundrechte betreffen, das Referendum ergreifen könnte⁷⁰³. Diese bescheidenen und bislang nicht umgesetzten Reformbemühungen illustrieren die Aussage GENEVIEVE BURDEAUS, « *que l'adaptation des mécanismes des traités internationaux aux exigences de l'Etat de droit est une quête permanente et nécessite une vigilance continue, et que, peut-être, leur adéquation complète n'est pas possible, dès lors que le traité conserve toujours de ses origines la marque indélébile du pouvoir régalien et de l'ordre juridique international dans lequel il est né.* »⁷⁰⁴

c) Einfluss des Gemeinschaftsrechts

194. *Stärkung der Exekutive, Schwächung des Parlaments und der Gerichte.* – Das Gemeinschaftsrecht wird vorwiegend von der Exekutive gesteuert. Es stand am Anfang

⁶⁹⁹ *Droit international et Droit français*, Etude adoptée par la Section du Rapport et des Etudes du Conseil d'Etat le 25 avril 1985, Paris 1986, S. 7

⁷⁰⁰ *ibid.*, S. 44

⁷⁰¹ BURDEAU, S. 855

⁷⁰² KOHLHAMMER, S. 141

⁷⁰³ vgl. HALLER, *Verfassungsreform*, S. 222 u. 227

⁷⁰⁴ BURDEAU, S. 856

einer Entwicklung, die zu einer stärkeren Beachtung des Vertragsrechts durch die Gerichte führte und damit, wegen des Gesetzesvorrangs der Verträge, zu einer Einbusse der Macht des Parlaments (n° 166-168, 190). Da das Gemeinschaftsrecht immer mehr gesetzesinhaltliche Materien regelte, führte es zu einer Erosion der Gesetzgebungskompetenz des Parlaments⁷⁰⁵. Verstärkt wird diese Verlagerung von Macht vom Parlament auf die Regierung dadurch, dass sekundäres Gemeinschaftsrecht zwar ebenfalls Gesetzesvorrang hat, aber vom Parlament nicht genehmigt zu werden braucht, wie dies bei einem neuen Vertrag in seinem Kompetenzbereich der Fall wäre, und es dieses nicht vom *Conseil constitutionnel* auf seine Verfassungskonformität überprüfen lassen kann (n° 170).

Die Verfassungsrevision von 1992 hat die Stellung des Parlaments nur unbedeutend verbessert: Das Stimm- und Wahlrecht für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger ist vom Parlament mit einem Gesetz umzusetzen (n° 180 *in fine*); die Regierung hat Entwürfe und Vorschläge gesetzesinhaltlicher Rechtsakte der Gemeinschaft dem Parlament vorzulegen, doch sind die Beschlüsse, die das Parlament dazu fassen kann, für die Regierung nicht bindend, und ausserdem bestimmt die Regierung selbst, welche Akte Gesetzesinhalt haben (n° 181). Die in MITTERANDS Revisionsvorschlägen von 1993 vorgesehene parlamentarische ständige Kommission für Europafragen⁷⁰⁶ vermöchte das Gewicht des Parlaments etwas zu vergrössern.

Denkbar ist, dass das Gesetz durch die Rechtsprechung des *Conseil constitutionnel* zusätzlich unter Druck kommt: Seitdem das Gesetz vom 25. Juni 1992 einen Titel „*Des Communautés européennes et de l'Union européenne*“ in die Verfassung eingefügt hat, kann das Gemeinschaftsrecht nicht mehr als etwas der Verfassung ganz und gar fremdes betrachtet werden, so dass der *Conseil constitutionnel* einige Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere das Asylrecht (Art. 53-1 Cst.) und das Stimm- und Wahlrecht für Unionsbürgerinnen und -bürger (Art. 88-3 Cst.) in den „*bloc de constitutionnalité*“ einschliessen könnte⁷⁰⁷.

Für die Gerichte ist das Gemeinschaftsrecht insofern mit einem Autonomieverlust verbunden, als die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für sie verbindlich ist und der *Conseil constitutionnel* sekundäres Gemeinschaftsrecht wie erwähnt nicht überprüfen kann, auch wenn es Gegenstände regelt, die innerstaatlich Gesetzesrang haben. Andererseits wird die Stellung der gewöhnlichen Gerichte im Staat aufgewertet, indem sie die Gemeinschaftsrechtskonformität der Gesetze überprüfen können.

⁷⁰⁵ LUCHAIRE, *Participation*, S. 57

⁷⁰⁶ HALLER, *Verfassungsreform*, S. 222

⁷⁰⁷ BURDEAU/HAMON/TROPER, S. 702

195. *Aufwertung der Regionen?*- Die französische Verfassung anerkennt als Gebietskörperschaften die Gemeinden, Departemente und überseeischen Gebiete (Art. 72 Cst.). Diese *collectivités territoriales* können auf Grund eines Gesetzes von 1992 im Rahmen ihrer Kompetenzen völkerrechtliche Abkommen mit ausländischen Gebietskörperschaften abschliessen⁷⁰⁸. Die Regionen werden dagegen in der Verfassung nicht erwähnt; ihre Organisation geht auf Gesetzesreformen zurück, die zwischen 1982 und 1986 durchgeführt wurden. Art. 72 der Reformvorschläge MITTERANDS von 1993 erwähnte auch ausdrücklich die Regionen als Gebietskörperschaften, und es wird erwartet, dass die Regionen im Rahmen der europäischen Integration an politischer Bedeutung gewinnen⁷⁰⁹.

C. Das Vereinigte Königreich

196. *Parlamentssouveränität.*- Der Grundsatz der Souveränität des Parlaments (*principle of parliamentary supremacy or sovereignty*) unterscheidet das Vereinigte Königreich von Ländern mit einer geschriebenen Verfassung, wo die Gerichte im Allgemeinen die Verfassungsmässigkeit der Gesetze beurteilen. Er bedeutet, dass die legislative Kompetenz des Parlaments ohne Grenzen ist. DICEY hat diesen Grundsatz wie folgt zusammengefasst: "*It is a fundamental principle of English lawyers, that Parliament can do everything but make a woman a man, and a man a woman.*"⁷¹⁰. Aus dem Grundsatz der Parlamentssouveränität folgt, dass das Völkerrecht den Gesetzen des Parlaments zu weichen hat. Nur in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht wurde der Grundsatz der Parlamentssouveränität in der Praxis aufgegeben, so dass die Gerichte Gesetze auf die Konformität zum Gemeinschaftsrecht prüfen können; rechtlich allerdings ist das Parlament nach wie vor souverän, da es das Gesetz, welches dem Gemeinschaftsrecht diese Sonderstellung verschafft, jederzeit ausser Kraft setzen könnte (n° 223). Während das traditionelle Völkerrecht die Gewaltenteilung kaum berührt, hat das Gemeinschaftsrecht zu einer Kompetenzverlagerung vom Parlament zu der Regierung und den Gerichten geführt. Dies könnte mit Inkrafttreten des *Human Rights Act* auch durch die EMRK bewirkt werden (n° 218).

⁷⁰⁸ KOHLHAMMER, S. 104

⁷⁰⁹ HALLER, *Verfassungsreform*, S. 215

⁷¹⁰ DICEY, S. 3 ff.; vgl. BRADLEY/EWING, S. 57-58; BARENDT, S. 87-89; FOSTER, S. 412-413; LIMBACH, S. 1

1. Die innerstaatliche Stellung des Völkerrechts

197. *Sorge um die Souveränität des Parlaments.*- Die Britinnen und Briten fassen das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht als Problem der Gewaltenteilung zwischen der Krone⁷¹¹ und dem Parlament auf. Sie sind besorgt darum, die Souveränität des Parlaments zu erhalten⁷¹². Da der Einfluss der Krone auf die Entwicklung des internationalen Gewohnheitsrechts weniger gross ist als auf die Ausarbeitung eines völkerrechtlichen Abkommens, akzeptieren die Gerichte die direkte Geltung des Gewohnheitsrechts, solange es mit britischem Recht konform ist, verlangen aber ein formelles Gesetz für die Geltung der Verträge⁷¹³. Somit ist es nicht angebracht, die britische Praxis als monistisch oder dualistisch zu bezeichnen, auch wenn die Behandlung des Gewohnheitsrechts der monistischen Adoptionstheorie und die Behandlung der Verträge der dualistischen Transformationslehre entspricht (vgl. n° 58): *“On the whole question of the relation between municipal and international law theoretical constructions have probably done much to obscure realities“*, schreibt BROWNLIE; wenn er aber eine der Theorien wählen müsste, so bevorzugte er den Dualismus, der näher bei der Realität sei: *„Each system is supreme in its own field, and neither has a hegemony over the other.“*⁷¹⁴

198. *Fortsetzung. Pragmatische Haltung der Gerichte.*- So gibt denn die Praxis der Gerichte keinen Hinweis darauf, ob das Vereinigte Königreich dualistisch oder monistisch ist. Die britischen Richterinnen und Richter gehen die Frage, ob internationales oder nationales Recht anzuwenden ist, pragmatisch an: Sie untersuchen, welche Norm die angemessene im konkret zu beurteilenden Fall ist. Und wenn sie eine völkerrechtliche Regelung anwenden, weil sie dem Einzelfall angemessen ist, so ist es, wie BROWNLIE bemerkte, *“pointless to ask if the rule applied has been ‘transformed’, except in so far as ‘transformation’ describes a special process required by a particular municipal system before certain organs are permitted, or willing, to apply rules of international law”*.⁷¹⁵

⁷¹¹ Im Vereinigten Königreich personifiziert die Königin oder der König den Staat. Die Königin oder der König ist Staatsoberhaupt und Haupt von Exekutive, Legislative und Judikative. Alle Staatshandlungen werden in ihrem bzw. seinem Namen ausgeübt: Akte der Regierung ebenso wie des Parlaments und der Gerichte. Soweit unmittelbare Akte des Staatsoberhauptes bezeichnet werden sollen, spricht man vom *Souverän*. Sofern die in seinem Namen tätige Regierung gemeint ist, spricht man von der *Krone*. Vgl. WALTER HALLER, *Ausländisches und vergleichendes Verfassungsrecht*, Skript Zürich 2002, S. 168

⁷¹² vgl. YARDLEY, S. 33

⁷¹³ SHAW, S. 110-111

⁷¹⁴ BROWNLIE, S. 55

⁷¹⁵ *ibid.*, S. 42 u. 56

Getreu dem Prinzip der parlamentarischen Souveränität ist das Völkerrecht im Vereinigte Königreich (und Common-Law-Ländern im Allgemeinen; vgl. etwa USA, *infra*, n° 239) nicht höherrangig als Landesrecht.

a) Internationales Gewohnheitsrecht

199. „*International law is part of the law of the land.*“ *Triquet v. Bath*.- Das Verhältnis zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen wird im Vereinigten Königreich nicht gesondert diskutiert, wohl da diese ohnehin im *common law* als charakteristischem Rechtssystem anerkannt sein müssen (s. n° 28). Das Verhältnis zwischen britischem Recht und internationalem Gewohnheitsrecht dagegen wird erstmals im 18. Jahrhundert erörtert, vor allem im Zusammenhang mit der diplomatischen Immunität⁷¹⁶. Und seit über zweihundert Jahren – seit der Zeit BLACKSTONES und LORD MANSFIELDS – wird das internationale Gewohnheitsrecht als Teil des *common law* betrachtet⁷¹⁷:

Im Verfahren *Triquet v. Bath*⁷¹⁸ von 1764 machte ein Hausangestellter des bayrischen Ministers erfolgreich seine diplomatische Immunität geltend. Nach LORD MANSFIELD leitet sich dieses Privileg der ausländischen Minister und ihrer Hausangestellten aus dem Völkerrecht her, und der *Diplomatic Privileges Act* von 1708 ist nur deklaratorisch hiervon. Über die Stellung des Völkerrechts im britischen Recht nachdenkend, soll er gesagt haben, er erinnere sich an die „*clear opinion*“ LORD TALBOTS in *Buvot v. Barbut*⁷¹⁹, wonach „*the law of nations in its full extent was part of the law of England*“, und dass diese Regel schon von LORD CJ HOLT angewendet worden sei. Es ist jedoch nicht dokumentiert, dass LORD TALBOT diese Meinung geäußert hat, so dass das Verdienst, erstmals die Regel „*international law is law of the land*“ formuliert zu haben, sehr wohl LORD MANSFIELD zustehen könnte⁷²⁰.

200. *Fortsetzung. Die Kommentare Blackstones. Adoption ...*- BLACKSTONE, der am Verfahren *Triquet v. Bath* als Rechtsanwalt beteiligt war, nahm LORD MANSFIELDS

⁷¹⁶ O'CONNELL, S. 57

⁷¹⁷ DAHM, S. 107. – Das Vereinigte Königreich kennt drei Rechtsquellen: Erstens geschriebene *Gesetze* (*statute* oder *statutory law*), die vom Parlament verabschiedet werden, Ausdruck der *parliaments sovereignty* sind und höherrangig als die zweite Rechtsquelle sind, die *Rechtsprechung* (*common law*), die wiederum der dritten Rechtsquelle, dem *Gewohnheitsrecht* (*customary law*) vorgeht. Das Vereinigte Königreich hat keine Verfassung im formellen Sinn; *statute law* geht allen anderen Rechtsquellen vor. Vgl. YARDLEY, S. 62.

⁷¹⁸ (1764) Burr. 1478

⁷¹⁹ Cases to Talbot 281 (1737)

⁷²⁰ WESLEY L. GOULD, in: L. Erades/Wesley L. Gould, *The Relations between International Law and Municipal Law in the Netherlands and in the United States*, Leyden/New York 1961, S. 236

Meinung auf und schrieb ein Jahr später in seinen berühmten Kommentaren, dass das *common law* das Völkerrecht adoptiere⁷²¹: “(T)he law of nations, wherever any question arises which is properly the object of its jurisdiction, is here adopted in its full extent by the common law, and it is held to be a part of the law of the land. And those acts of Parliament, which have from time to time been made to enforce this universal law, or to facilitate the execution of its decisions, are not to be considered as introductive of any new rule, but merely as declaratory of the old fundamental constitutions of the kingdom, without which it must cease to be a part of the civilised world.”

201. ... also unmittelbare Geltung, ...- *Buvot v. Barbut* und *Triquet v. Bath* sind die beiden Fälle, die als Beleg dafür zitiert werden, dass das Vereinigte Königreich in Bezug auf das Gewohnheitsrecht die Adoptionstheorie befolgt, wie sie auch in den *Commentaries* zum Ausdruck kommt⁷²². Seither geht eine ganze Reihe von Urteilen von der unmittelbaren Geltung des Völkerrechts als Teil des *common law* aus, und die Gerichte haben es in den Worten O’CONNELLS immer ohne zu zögern angewendet, „whenever they discovered it to be appropriate“⁷²³. Aus dem 18. Jahrhundert finden sich Entscheide, wonach das Gesetz über die diplomatische Immunität von 1708 (n° 199) nur deklarieren, was kraft internationalen Gewohnheitsrechts gelte, das „in full force in this kingdoms“ sei⁷²⁴. Für das 19. Jahrhundert sei *The Emperor of Austria v. Day & Kossuth*⁷²⁵ genannt, ein Urteil, das es exilierten Austro-Ungaren verbot, ungarische Geldnoten zu drucken, und das Völkergewohnheitsrecht unmittelbar anwendete, da es „upon unquestionable authority“ Teil des englischen Rechts sei.

202. ... aber alles wird nicht adoptiert! *R. v. Keyn*.- Wohl weil das staatliche Rechtsetzungsmonopol noch nicht voll anerkannt war, liess sich Völkerrecht wie anderes nichtstaatliches Recht zwanglos als *common law* auffassen. Im 19. Jahrhundert

⁷²¹ WILLIAM BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford 1765 Bd. IV, 5. Kapitel. – Seiner Meinung nach war das alte, auf COKE zurückgehende Recht aufgehoben worden, und die Praxis folgte nun den „sentiments of the learned Grotius that the security of ambassadors is of more importance than the punishment of particular crimes“.

⁷²² HARRIS, S. 62

⁷²³ O’CONNELL, S. 58; BROWNLIE, S. 42 u. 56, erwähnt in n° 198. Vgl. die Bestätigung dieser Ansicht durch LORD FINLAY in der Lotus-Affäre von 1927 (CPJI, Rec. 1927, S. 54 und den Hinweis des Richters MOORE (*ibid.*, S. 75) auf den „majestic stream of the common law, united with International Law“. – S. ausser den zitierten Urteilen *Heathfield v. Chilton*, (1767) 4 Burr. 2015, 2016; *Viveash v. Becker*, (1814) 3 M. & S. 284; *The Duke of Montellano v. Christin*, (1816) 5 M. & S. 503; *Wolff v. Oxholm*, (1817) 6 M. & S. 92; *The Parlement Belge*, (1878-79) 4 PD 129. Unter den neueren Urteilen, s. *Zoernsch v. Waldock*, (1964) 2 All. ER 256, 257; *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria*, (1977) 1 All. ER 881; *I Congreso del Partido*, (1981) 3 WLR 328.

⁷²⁴ *Lockwood v. Coysgarne*, (1765) 3 Burr. 1676, 1678; *Triquet v. Bath*, vorgeannt (n° 199, Fn. 718)

⁷²⁵ (1861) 2 Giff. 628, 678

änderte dies, so dass das Prinzip „*International law is part of the law of the land*“ einige Einschränkungen erlitt ⁷²⁶: Völkerrechtliche Regeln erlangen nur innerstaatliche Geltung, wenn sie vom Vereinigten Königreich ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt werden, oder wenn sie dergestalt und so universell anerkannt sind, dass nicht anzunehmen ist, ein zivilisierter Staat lehne sie ab. Dabei behandeln die britischen Richterinnen und Richter die Geltung einer Norm des Völkergewohnheitsrechts als Beweisfrage. So erklärt z.B. LORD COCKBURN CJ 1876 in *Regina v. Keyn* ⁷²⁷: “(T)he international law sought to be applied must, like anything else, be proved by satisfactory evidence, which must show either that the particular proposition put forward has been recognised and acted upon by our own country, or that it is of such a nature, and has been so widely and generally accepted, that it can hardly be supposed that any civilised State would repudiate it. (...) *Barbuit’s Case*, *Triquet v. Bath*, and *Heathfield v. Chilton* ⁷²⁸ are cases in which the Courts of law have recognised and have given effect to the privilege of ambassadors as established by international law. But the expressions used by Lord Mansfield when dealing with the particular and recognised rule of international law on this subject, that the law of nations forms part of the law of England, ought not to be construed so as to include as part of the law of England opinions of text-writers upon a question as to which there is no evidence that Great Britain has ever assented, and a fortiori if they are contrary to the principles of her laws as declared by her Courts.”

203. Fortsetzung. *Chung Chi Cheung v. R.*: keine Geltung von statute-widrigem Völkerrecht.- 1939, im Verfahren *Chung Chi Cheung v. R.* äusserte LORD ATKIN die Meinung des Privy Council wie folgt ⁷²⁹: “It must be always remembered that, so far, at any rate, as the Courts of this country are concerned, international law has no validity save in so far as its principles are accepted and adopted by our own domestic law. There is no external power that imposes its own rules upon our own code of substantive law or procedure. The Courts acknowledge the existence of a body of rules which nations accept among themselves. On any judicial issue they seek to ascertain what the relevant rule is, and, having found it, they will treat it as incorporated into domestic law, so far as it is not inconsistent with rules enacted by statutes or finally declared by their tribunals.” Der Hinweis auf die bindende Kraft des Präzedenzfalls ist zwar überholt (n° 208). Der Entscheid zeigt indes, dass hier der Konflikt zwischen

⁷²⁶ Oppenheim, S. 56; vgl. DAHM, S. 107

⁷²⁷ (1876) 2 Ex. D. 63. Ebenso LORD ALVERSTONE in *West Rand Gold Mining Co. v. R.*, (1905) 2 KB 391

⁷²⁸ *Buvot v. Barbuit*, Cases to Talbot 281 (1737); *Triquet v. Bath* (1764) Burr. 1478; beide zitiert in n° 199; *Heathfield v. Chilton*, (1767) 4 Burr. 2015

⁷²⁹ *Chung Chi Cheung v. R.*, (1939) AC 160, 167-168. – Der zitierte Auszug wurde als Beleg dafür aufgefasst, dass im Vereinigten Königreich die Transformationstheorie herrsche; BROWNLIE, S. 45-46.

Völkerrecht und *statute law* nicht als Problem der Anwendung und der Normenhierarchie, sondern der landesrechtlichen Geltung des Völkerrechts behandelt wird; die Gerichte unterscheiden eben nicht zwischen Geltung und Anwendung (s. n° 207). Eine Norm hat nur dann Geltung, wenn sie auch angewendet werden kann.

204. *Zweifel: R. v. Keyn. Transformation?*- Der oben (n° 202) zitierte Entscheid *Regina v. Keyn* löste eine Debatte über die Geltung der bis dahin akzeptierten Adoptionstheorie aus. In *R. v. Keyn* ging es um ein Schiffsunglück, das vor Englands Küste im Ärmelkanal geschah, und zwar in der Dreimeilenzone, die nach einer völkerrechtlichen Regel zum Gebiet des Uferstaates gehört. Die „*Franconia*“, ein deutscher Dampfer, war wegen der Nachlässigkeit von Kapitän Keyn mit dem englischen Dampfer „*Strathclyde*“ kollidiert, wobei ein Passagier dieses Schiffs ertrank. Keyn wurde wegen fahrlässiger Tötung angeklagt. Der *Central criminal court* erkannte ihn schuldig, doch lag der Entscheid darüber, ob ein britisches Gericht überhaupt zuständig sei, beim *Court of Crown Cases Reserved*. Die Zuständigkeit der britischen Gerichte war nur gegeben, wenn sich Keyn während des Unfalls auf britischem Territorium befunden hatte. LORD COCKBURN CJ kam nun zum Schluss, dass die Dreimeilenzone nach internem Recht nicht Teil des Vereinigten Königreichs sei. Darauf untersuchte er, ob sie es durch eine Regel des internationalen Gewohnheitsrechts geworden sei, und entschied, selbst wenn es eine solche Regel gäbe, könnte diese keine Zuständigkeit des Gerichts begründen, um britisches Recht in dieser Zone anzuwenden: *“In so doing we should be unjustifiably usurping the province of the legislature. The assent of nations is doubtless sufficient to give the power of parliamentary legislation in a matter otherwise within the sphere of international law; but it would be powerless to confer without such legislation a jurisdiction beyond and unknown to the land, such as that now insisted on, a jurisdiction over foreigners in foreign ships on a portion of the high seas.”* Das Gericht würde sich unzulässigerweise Kompetenzen des Parlaments anmassen, wenn es den Geltungsbereich des Landesrechts eigenmächtig ausdehnen würde, nur weil das Völkerrecht dies erlaubte. Folglich wurde Keyn freigesprochen. Um die Zuständigkeit der britischen Gerichte, die völkerrechtlich bereits existierte, sicherzustellen, verabschiedete das Parlament 1878, zwei Jahre nach dem Entscheid des *Court of Crown Cases Reserved*, den *Territorial Waters Jurisdiction Act* ⁷³⁰.

205. *Fortsetzung. Nein, eine Unterscheidung zwischen permissiven und präskriptiven Regeln.*- Einige Autoren haben im Urteil *R. v. Keyn* die Aufgabe der Adoptionstheorie

⁷³⁰ SHAW, S. 107

zu Gunsten der Transformationstheorie gesehen⁷³¹: Das Gericht hatte eine völkerrechtliche Regel nicht angewendet, obwohl es kein widersprechendes internes Gesetz gab! Heute ist diese Interpretation des Urteils aufgegeben worden. Die Lehre weist darauf hin, dass die fragliche Völkerrechtsregel dem Parlament eine Kompetenz einräumte, die dieses aber nicht wahrzunehmen beschlossen hatte. Die Lehre BLACKSTONES hat – mit der in n° 202 erwähnten Einschränkung – weiterhin Gültigkeit, aber es ist zu unterscheiden zwischen internationalen Normen, die ein Verhalten vorschreiben oder verbieten und solchen, die ein Verhalten erlauben. Eine rein permissive Regel, wie sie in *R. v. Keyn* vorlag, bedeutet nicht, dass die britischen Gerichte vermuten, das britische Recht finde im ganzen vom Völkerrecht erlaubten Ausmass Anwendung⁷³². So weist BROWNLIE darauf hin, dass das Gericht in *R. v. Keyn* mit dem Beweis der völkerrechtlichen Regel beschäftigt war und diese eine grundrechtsbeschränkende Wirkung hatte⁷³³: “*The elements of ‘transformation’ in the judgement of COCKBURN, CJ, are entirely compatible with the doctrine of incorporation if it is seen that he was concerned with the proof of the rules of international law: if the evidence is inconclusive and the issue affects the liberty of persons, then assent by the legislature of the forum is needed to supplement the evidence. Yet as a general condition he does not require express assent or a functional transformation by Act of Parliament. In cases of first impression the courts are ready to apply international law without looking for evidence of ‘assent’.*”

206. *Geltung des „law of the sea“*.- Der *English Admiralty Court* hat eine eigene Rechtsprechung zum Völkergewohnheitsrecht entwickelt. Die Rechtsprechung der Common-Law-Gerichte war auf das Vereinigte Königreich beschränkt, sie mussten das „*law of the land*“ anwenden. Die in *Triquet v. Bath* entwickelte Theorie von LORD MANSFIELD ist im Zusammenhang mit dieser Kompetenzbeschränkung der Common-Law-Gerichte zu verstehen. Der *Admiralty Court* dagegen wandte das „*law of the sea*“ an, nicht das „*law of the land*“. Das Seerecht war nicht teil des *common law*. Deshalb konnte das Admiraltätsgericht Völkerrecht anwenden, ohne sich um das Landesrecht zu kümmern und ohne dies mit einer landesrechtlichen Grundlage rechtfertigen zu müssen⁷³⁴.

207. *Anwendung des Gewohnheitsrechts*.- Im Vereinigten Königreich wird nicht zwischen der Anwendung und der Geltung des Gewohnheitsrechts unterschieden. Entsprechen gewohnheitsrechtliche Normen der englischen Rechtsüberzeugung, so

⁷³¹ z.B. WILLIAM S. HOLDSWORTH, *Essays in Law and History*, Oxford 1946, S. 263-266; HALSBURY, S. 264

⁷³² O’CONNELL, S. 59; *Oppenheim*, S. 56-57

⁷³³ BROWNLIE, S. 44-45; vgl. *Halsbury*, Bd. 18 (2), Nr. 603

⁷³⁴ GOULD (Fn. 720), S. 240-244

geniessen sie landesrechtliche Geltung (n° 202). Sie werden dann als „*law of the land*“ angewendet, also wie Landesrecht. Die Anwendung des internationalen Gewohnheitsrechts zeigt deshalb gegenüber der Anwendung des landesintern entstandenen Rechts keine Besonderheiten. Dass internationale Gewohnheitsrecht wie Landesrecht angewendet wird und nicht wie ausländisches Recht, hat ausserdem zur Folge, dass sich die Gerichte für die Auslegung eher auf die Staatenpraxis, völkerrechtliche Verträge und die Rechtsprechung stützen als auf Expertengutachten, wie dies beim ausländischen Recht der Fall ist, da dessen Bestimmung im Vereinigte Königreich wie eine Sachverhaltsfrage behandelt wird ⁷³⁵.

208. *Fortsetzung. “International law knows no rule of stare decisis”. Trendtex.* Wenn die völkerrechtlichen Normen als Landesrecht gelten, sind sie dann auch dem britischen Prinzip der bindenden Kraft des Präzedenzfalles (*doctrine of precedent, stare decisis*) unterworfen? Diese Frage wurde vorerst in zwei wichtigen Urteilen ⁷³⁶ bejaht. Dies hatte zur Folge, dass die Gerichte, auch wenn die völkerrechtliche Norm geändert hatte, weiterhin die alte Regel anwenden mussten ⁷³⁷. Diese Praxis wurde 1977 im Urteil *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria* ⁷³⁸ aufgegeben. LORD DENNING erläuterte, dass “*the rules of international law, as existing from time to time, do form part of our English law. It follows, too, that a decision of this court, as to what was the ruling on international law 50, 60 years ago, is not binding on this court today. International law knows no rule of stare decisis.*” ⁷³⁹ Die englischen Gerichte müssten den Änderungen des Völkerrechts Rechnung tragen „*without waiting for the House of Lords to do it*“ ⁷⁴⁰. SHAW LJ bekräftigte, “*the English courts must at any given time discover what the prevailing international rule is and apply that rule*” ⁷⁴¹.

209. *Rang des internationalen Gewohnheitsrechts.* Da internationale gewohnheitsrechtliche Normen als Teil des *common law* gelten (n° 199-201), gehen sie

⁷³⁵ vgl. *Re Piracy Jure Gentium*, (1934) AC 586, 588 u. 7 ILR 213; *The Cristina*, (1938) AC 485, 497; *Radwan v. Radwan*, (1972) 3 WLR 735; *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria*, (1977) 2 WLR 356, 379 u. 64 ILR 111, 135; *Oppenheim*, S. 57; SHAW, S. 108

⁷³⁶ S. LORD ALVERSTONE in *West Rand Central Gold Mining Co. v. R.*, (1905) 2 KB 391, 406-408; LORD ATKIN in *Chung Chi Cheung v. R.*, (1939) AC 160, 167-168: “(The Courts) will treat (the rule of international law) as incorporated into domestic law, so far as it is not inconsistent with rules (...) finally declared by their tribunals.” – Ebenso: *Thai-Europe Tapioca Service Ltd. v. Government of Pakistan*, (1975) 3 All ER 961, 967, 969-970.

⁷³⁷ s. z.B. den eben zitierten Entscheid *Thai-Europe Tapioca Service Ltd. v. Government of Pakistan*, oder *Swiss Israel Trade Bank v. Government of Salta and Banco Provincial de Salta*, (1972) 1 Lloyd’s Rep. 497

⁷³⁸ *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria*, (1977) 2 WLR 356

⁷³⁹ *ibid.*, S. 365

⁷⁴⁰ *ibid.*, S. 366

⁷⁴¹ *ibid.*, S. 388

Regierungsverordnungen und Verwaltungsakten vor⁷⁴². Grundlegend war hier der Entscheid *La Zamora* von 1916⁷⁴³, in dem der *Privy Council* entschied, dass die *Orders in Council* im Prisenrecht für die britischen Prisengerichte nur verbindlich sind, wenn sie völkerrechtskonform sind oder eine Grundlage in einem *statute* haben⁷⁴⁴.

Gewohnheitsrecht, dass nicht konform zu Akten des Parlaments ist, erlangt dagegen wie erwähnt gar keine landesrechtliche Geltung (n° 203). Bisweilen wird dies aber von den Gerichten auch unter dem Aspekt des Vorrangs behandelt. Man kann dann sagen, *statute law* gehe dem Völkergewohnheitsrecht als Teil des *common law* vor, sei es jünger oder älter⁷⁴⁵. Der diesbezüglich wohl berühmteste Fall ist *Mortensen v. Peters*, der vom *Scottish Court of Justiciary* 1906 entschieden wurde⁷⁴⁶. Der dänische Kapitän Mortensen war angeklagt, mit seinem norwegischen Schiff den *Herring Fishery (Scotland) Act* von 1889 verletzt zu haben, der die Fischerei in der Moray Firth untersagt und Zuwiderhandlungen mit Gefängnis oder Busse bestraft. Nun hatte Mortensen zwar in der Moray Firth gefischt, aber ausserhalb der Dreimeilenzone, wo die Fischerei nach den Regeln des internationalen Gewohnheitsrechts erlaubt ist. Dennoch wurde Mortensen verurteilt, und der Gerichtshof wies seinen Rekurs einstimmig ab: “*For us*”, so LORD JUSTICE-GENERAL DUNEDIN, “*an Act of Parliament duly passed by Lords and Commons and assented to by the King, is supreme, and we are bound to give effect to its terms.*”

210. *Völkerrechtskonforme Auslegung. Mortensen v. Peters.*- Die Rechtsprechung versucht das Prinzip des Vorrangs des *statute law* mit der Vermutung dessen Völkerrechtskonformität zu mildern; die Gerichte verfügen hierzu über einen grossen Ermessensspielraum. Im Verfahren gegen Ex-General PINOCHET etwa änderte das *House of Lords* unter Berufung auf neue Entwicklungen im Völkerrecht im Ergebnis das englische Auslieferungsgesetz und die Wiener Konvention über die diplomatische Immunität, indem es den Grundsatz der Immunität für ehemalige Staatsoberhäupter mit einer weder vom Gesetz noch vom Vertrag vorgesehenen Einschränkung versah⁷⁴⁷. Die Vermutung der Völkerrechtskonformität kann indes umgestossen werden. Um dies zu illustrieren, gehen wir zu *Mortensen v. Peters* (n° 209) zurück, wo LORD KYLLACHY erläuterte: “*This Court is of course not entitled to canvass the power of the Legislature to make the enactment. The only question open is as to its just construction. (I)t may*

⁷⁴² vgl. zur britischen Normenhierarchie Fn. 717

⁷⁴³ 2 AC 77

⁷⁴⁴ HARRIS, S. 65

⁷⁴⁵ so DAHM, S. 108

⁷⁴⁶ (1906) 8 F. (J.) 93; (1906) 14 Scots Law Times 227

⁷⁴⁷ *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis et al., ex parte Pinochet*, (1998) WLR 1456; SIMONETTA STIRLING-ZANDA, *L'application judiciaire du droit international coutumier. Etude comparée de la pratique européenne*, Zürich 2000, S. 129 u. 144

probably be conceded that there is always a certain presumption against Legislature of a country asserting or assuming the existence of a territorial jurisdiction going clearly beyond limits established by the common consent of nations – that is to say, by international law. (...) But then it is only a presumption, and as such it must always give way to the language used if it is clear, and also to all counter presumptions which may legitimately be had in view in determining, on ordinary principles, the true meaning and intent of the legislation. Express words will of course be conclusive, and so also will plain implication.” ⁷⁴⁸

b) Völkerrechtliche Verträge

211. *Sie erlangen keine unmittelbare Geltung (einige Ausnahmen).*- Internationales Gewohnheitsrecht entsteht im Staatenverkehr; der Einfluss eines einzelnen Staatswesens ist im Allgemeinen nicht bestimmend (vgl. n° 21). Bei Verträgen ist dies anders. Die beteiligten Staaten können ohne Rücksicht auf die geltende Staatenpraxis (mit Ausnahme des *ius cogens*, n° 55) neue Regeln vereinbaren. So ist der Einfluss des einzelnen Staates auf den Vertragsinhalt gross ⁷⁴⁹. Nun ist im Vereinigten Königreich der Abschluss und die Ratifikation von völkerrechtlichen Verträgen eine Prerogative der Krone, wie wir sehen werden (n° 226). Würde den Verträgen unmittelbare innerstaatliche Geltung zuerkannt, so könnte diese mittels internationaler Abkommen ohne das Parlament legitimieren, was zu vermeiden war. Deshalb hat die Ausübung der Prerogative grundsätzlich keine innerstaatliche Wirkung ohne einen *Act of Parliament*; die Regel „*treaties do not directly affect the Crown's subject*“ geht auf das 17. Jahrhundert zurück ⁷⁵⁰. Unmittelbar gelten nur solche Verträge, welche die Kompetenzen der Regierung einschränken, z.B. Konventionen über das Kriegsrecht oder über die

⁷⁴⁸ Ein Nachwort zu *Mortensen v. Peters*; nach Meinung von LORD DUNEDIN konnte die Moray Firth als *intra fauce terrae* und folglich unter britischer Souveränität stehend betrachtet werden; man kann sich fragen, ob er den Fall anders entschieden hätte, wenn dies ausgeschlossen gewesen wäre. Es ist im Übrigen interessant, festzustellen, dass der Trawler von Briten finanziert wurde, die ihm eine ausländische Registrierung und einen ausländischen Kapitän gegeben hatten, um den *Herring Fishery Act* zu umgehen, der ihrer Meinung nach nur auf britische Staatsangehörige und Ausländerinnen und Ausländer auf britischem Territorium anwendbar war. Bald nach *Mortensen v. Peters* wurden mehrere norwegische Kapitäne ausländischer Schiffe verurteilt. Einige von ihnen gingen lieber ins Gefängnis, als eine Busse zu bezahlen; sie wurden nach Protesten Norwegens freigelassen. Im März 1907 betonte ein Sprecher des Aussenministeriums vor dem *House of Commons*, dass der *Act of Parliament* so, wie er vom Gericht ausgelegt wurde, völkerrechtswidrig sei. Im Jahre 1909 wählte das Parlament ein anderes Vorgehen: es verabschiedete den *Trawling in Prohibited Areas Prevention Act*, der die *Einfuhr* nach dem Vereinigten Königreich von entgegen den Vorschriften des *Herring Fishery Act* gefischten Fischen verbot; HARRIS, S. 67. – Vgl. DAHM, S. 108; *Halsbury*, Bd. 18, Nr. 604.

⁷⁴⁹ SHAW, S. 110-111

⁷⁵⁰ s. *Weymberg v. Touch*, (1669) 1 Ch. Cas. 123; *Troner v. Hassold*, (1670) 1 Ch. Cas. 173; *Blad v. Bamfield*, (1674) 3 Swans. 605; O'CONNELL, S. 60; TEMPLEMAN, S. 171-172

diplomatische Immunität ⁷⁵¹, wobei im Einzelfall vieles offen ist. So ist es umstritten, ob ein Vertrag über eine Gebietsabtretung unmittelbar gültig ist oder erst auf Grund eines Gesetzes ⁷⁵². Ein Vertrag dagegen, der die Kompetenzen der Exekutive erweitert, z.B. durch Ausdehnung des Territoriums unter der Herrschaft der Krone, hat ohne *Act of Parliament* keine landesrechtliche Geltung, selbst wenn keine Individualrechte betroffen sind ⁷⁵³.

Ausserdem unterstehen Verwaltungsabkommen nicht der Zustimmungserfordernis durch einen *Act of Parliament*, wenn sie von geringer Bedeutung sind und keine Änderung des Landesrechts mit sich bringen; sie haben diesfalls unmittelbare Geltung, da hier die Gesetzgebungskompetenzen des Parlaments nicht betroffen werden ⁷⁵⁴.

In allen übrigen Fällen aber ist ein Gesetz dazu nötig, insbesondere wenn ein Vertrag die Rechte und Pflichten von Einzelnen berührt ⁷⁵⁵, aber auch wenn er finanzielle Verpflichtungen mit sich bringt ⁷⁵⁶ oder ganz allgemein eine Änderung des geltenden Rechts nötig macht ⁷⁵⁷. So haben etwa Handelsverträge, die eine Änderung der Zolltarife nötig machen, oder Rechtshilfeverträge, die der Exekutive die Kompetenz zur Festnahme und Auslieferung straffälliger Personen einräumen, ohne Gesetz keine landesrechtliche Wirkung ⁷⁵⁸. In der Praxis wird in den entsprechenden Verträgen manchmal die Zustimmung des Parlaments vorbehalten ⁷⁵⁹. Das Zustimmungsgesetz des Parlaments kann entweder nur den Vollzugsbefehl erteilen, wobei der Vertrag dem Gesetz beigelegt ist, oder aber den Inhalt des Vertrags vollständig wiedergeben ⁷⁶⁰.

⁷⁵¹ Bsp.: In *Porter v. Freudenberg*, (1915) 1 KB 857, untersuchte das Berufungsgericht ob „*the old rule (not peculiar to English Law, though it has been more prominent in England than elsewhere) that an alien enemy's rights of action are suspended during the war*“ durch Art. 23 Abs. 1 Bst. h des Haager Abkommens vom 18. Oktober 1907 betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs (SR 0.515.112) aufgehoben worden sei, der es verbietet, die Rechte der Angehörigen des Gegners einzuschränken (*ibid.*, S. 877). Das Gericht entschied, dass dies wegen der Fassung der Konvention nicht der Fall sei. Das Urteil wird so verstanden, dass das Abkommen auch ohne *statute* direkt anwendbar gewesen wäre, wenn es dazu geeignet gewesen wäre; HARRIS, S. 70.

⁷⁵² für unmittelbare Geltung SHAW, S. 109; dagegen *Oppenheim*, S. 58 Anm. 23 und *Halsbury*, Bd. 18 (2), Nr. 608; vgl. O'CONNELL, S. 60; BRADLEY/EWING, S. 276; gemäss TEMPLEMAN, S. 156, ist ein Gesetz bei bedeutenden Gebietsabtretungen nötig

⁷⁵³ *Post Office v. Estuary Radio Ltd.*, (1968) 2 QB 740, 756

⁷⁵⁴ SHAW, S. 112

⁷⁵⁵ *The Parlement Belge*, (1878-79) 4 PD 129; *Administrator of German Property v. Knoop*, (1933) Ch. 439; *Republic of Italy v. Hambro's Bank*, (1950) 1 All ER 430; *Blackburn v. Attorney-General*, (1971) 2 All ER 1380; *McWhirter v. Attorney-General*, (1971) CMLR 882; *R. v. Chief Immigration Officer, ex parte Salamat Bibi*, (1976) 3 All ER 843; *Malone v. Commissioner of Police for the Metropolis (No. 2)*, (1979) 2 All ER 620; *Winfat Enterprises (HK) Co. Ltd. V. Attorney-General for Hong Kong*, (1985) AC 733

⁷⁵⁶ BROWNLIE, S. 47

⁷⁵⁷ *Oppenheim*, S. 58-59; *Halsbury*, Bd. 18 (2), Nr. 607

⁷⁵⁸ TEMPLEMAN, S. 157

⁷⁵⁹ *ibid.*

⁷⁶⁰ BROWNLIE, S. 48

212. *Fortsetzung. Der Grund liegt in der Gewaltenteilung.*- Es träfe somit nicht den Kern der Sache, wenn man sagen würde, die Britinnen und Briten hätten in Bezug auf die internationalen Abkommen die Adoptionstheorie zu Gunsten der dualistischen Transformationslehre aufgegeben: Nicht diese Theorien interessieren sie, sondern der Grundsatz der Parlamentsouveränität. Die Verträge sind einzig deshalb nicht ohne ein vom Parlament verabschiedetes Gesetz landesrechtlich gültig, weil verhindert werden soll, dass die Exekutive sich Kompetenzen der Legislative aneignet ⁷⁶¹. Ist der Vertrag ratifiziert, so ist er natürlich auf internationaler Ebene bindend. Um ein Auseinanderfallen von landes- und völkerrechtlicher Geltung zu vermeiden, werden die Verträge dem Parlament deshalb seit 1924 gemäss der *Ponsonby Rule* wenigstens 21 Sitzungstage vor der Ratifikation durch die Krone vorgelegt. Die *Ponsonby Rule* – welche nach einer Erklärung des *Under Secretary of State for Foreign Affairs* ARTHUR PONSONBY vor dem Unterhaus so genannt wird – ist keine bindende Regel, sondern ein Verfassungsbrauch (vgl. n° 231) ⁷⁶². Der *Act of Parliament* ermächtigt dann die Exekutive zur Ratifikation ⁷⁶³. Das Parlament kann dabei die Ratifikation zum Voraus erlauben ⁷⁶⁴. Die Zustimmung des Parlaments wird selbst dann eingeholt, wenn dies verfassungsrechtlich nicht geboten wäre ⁷⁶⁵. Z.B. hat die Regierung das Parlament vor Kriegs- und Friedenserklärungen, welche in der exklusiven Zuständigkeit der Krone sind, häufig konsultiert oder seine Zustimmung eingeholt; das erklärt sich schon daraus, dass das Parlament für die Bewilligung der zur Kriegsführung nötigen Mittel zuständig ist ⁷⁶⁶.

213. *Illustration: The Parlement Belge.*- Im Februar 1878 verklagten die Eigentümer des Schleppers „The Darling“ den belgischen König als Eigentümer des Frachtschiffs „Parlement Belge“ auf 3500 £ Ersatz für den Schaden, den sie unweit Dovers durch den Zusammenstoss mit diesem Dampfer erlitten hatten ⁷⁶⁷. Der *Attorney General* legte darauf im erstinstanzlichen Verfahren „*intervention and protest*“ ein: Das Gericht sei nicht zuständig, da die „Parlement Belge“ gemäss Art. 6 eines Abkommens von 1876 zwischen der Krone und dem belgischen König als Kriegsschiff gelten sollte; Kriegsschiffe aber geniessen Immunität. Der Richter, SIR ROBERT PHILLIMORE, entschied, dass diese Konvention und damit die Immunität nicht geltend gemacht werden könnten, weil der Abschluss des Abkommens die Kompetenzen der Krone

⁷⁶¹ vgl. SHAW, S. 110-111

⁷⁶² *ibid.*, S. 112; *Halsbury*, Bd. 18 (2), Nr. 608; *ibid.*, Bd. 8 (2), Nr. 802; die Erklärung findet sich in 111 Parl. Deb. H. C. (5th ser.) 2001 (1924) und ist auch abgedruckt bei TEMPLEMAN, S. 158 u. 175

⁷⁶³ vgl. O'CONNELL, S. 60

⁷⁶⁴ *Halsbury*, Bd. 8 (2), Nr. 802

⁷⁶⁵ DAHM, S. 108

⁷⁶⁶ *Halsbury*, Bd. 18 (2), Nr. 607; BRADLEY/EWING, S. 274; TEMPLEMAN, S. 156

⁷⁶⁷ *The Parlement Belge*, (1878-79) 4 PD 129

überschritten habe. Die britische Rechtsordnung anerkenne wohl die völkergewohnheitsrechtliche Immunität der Kriegsschiffe, doch erlaube es dies der Königin nicht, einen Vertrag abzuschliessen, der dieses Privileg anderen Schiffskategorien zuerkenne. Der Richter räumte also der Beachtung der innerstaatlichen Kompetenzordnung grösseres Gewicht ein als dem völkerrechtlichen Grundsatz *pacta sunt servanda*. Er entschied, den Vertrag nicht anzuwenden und völkerrechtliche Sanktionen in Kauf zu nehmen. SIR PHILLIMORE schloss wie folgt: *“Let me say one word more in conclusion. Mr. Bowen, in his very able speech, dwelt forcibly upon the wrong which would be done to this packet if, being invited to enter ports of this country with the privileges of a ship of war, she should find them denied to her. I acknowledge this hardship, but the remedy, in my opinion, is not to be found in depriving the British subject without his consent, direct or implied, of his right of action against a wrongdoer, but by the agency of diplomacy, and proper measures of compensation and arrangement, between the Governments of Great Britain and Belgium. I must allow the warrant of arrest to issue.”*⁷⁶⁸ Das Appellationsgericht hob SIR PHILLIMORES Urteil zwar mit der Begründung auf, das Völkergewohnheitsrecht gewähre die geltend gemachte Immunität⁷⁶⁹; aber der Grundsatz, dass ein internationales Abkommen ohne gesetzliche Grundlage – mit den erwähnten Ausnahmen (n° 211) – keine Geltung hat, ist immer noch gültig; der Parlement-Belge-Fall ist eines der wichtigsten Beispiele für die vorrangige Bedeutung, welche die britischen Richterinnen und Richter der Gewaltenteilung zwischen Exekutive und Legislative beimessen⁷⁷⁰.

214. *Anwendung der Verträge.*- Völkerrechtliche Verträge sind im Vereinigten Königreich nur Abkommen zwischen souveränen Staaten. Ein britisches Gericht wird sie deshalb niemals direkt anwenden oder auslegen⁷⁷¹. Sie begründen für Einzelne nicht direkt Rechte und Pflichten. Nur wenn sie in Landesrecht transformiert wurden, werden sie – wie Landesrecht – innerstaatlich angewendet. Die Verträge haben nur einen indirekten Einfluss: die Gerichte nehmen Bezug auf sie bei der Auslegung von Gesetzen oder um eine Vermutung zu bestätigen (*infra*, n° 216). Eine Ausnahme bilden die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, die direkt anwendbar sind (s. n° 222)⁷⁷².

⁷⁶⁸ *ibid.*, S. 154-155

⁷⁶⁹ (1880) 5 PD 197

⁷⁷⁰ HARRIS, S. 70; SHAW, S. 111. – PHILLIMORES Ansicht wurde schon 1728 von den *Law Officers* vertreten, als sie einen 1686 zwischen Frankreich und England geschlossenen Neutralitätspakt auszulegen hatten. Dieser Pakt berechnete die Vertragsparteien zur Arrestierung der Schiffe der Angehörigen der Vertragsstaaten, wenn diese gewisse Bestimmungen des Vertrags verletzten. Nach Ansicht der *Law Officers* durfte die Krone wohl die französischen, nicht aber die englischen Schiffe arrestieren. Der Vertrag war für das Gericht also nur in Bezug auf Ausländer beachtlich, weil es sich dabei um einen sogenannten *act of state* handelte, welcher der gerichtlichen Überprüfung entzogen ist (s. dazu n° 217).

⁷⁷¹ TEMPLEMAN, S. 161 u. 451-452

⁷⁷² *Oppenheim*, S. 60 u. 63

215. *Rang.*- Die Verträge haben den Rang des Aktes, der die innerstaatliche Geltung herbeiführt, also den Rang des *statute law*, der höchsten englischen Rechtsquelle ⁷⁷³. Ein Konflikt zwischen Vertrag und *statute* wird wo immer möglich durch vertragskonforme Auslegung gelöst; wo dies ausgeschlossen ist, wird er nach dem Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* geregelt (n° 216). Da das Parlament seine Nachfolger nicht binden kann, gibt es keine Möglichkeit, selbst einen *implied repeal*, d.h. eine stillschweigende Aufhebung einer vertraglichen Regelung durch eine neue, mit dieser nicht vereinbare gesetzliche Norm, zu verhindern (vgl. n° 218 u. 222) ⁷⁷⁴.

216. *Auslegung der Verträge.*- In England gilt die „*well established rule of construction*“ ⁷⁷⁵, wonach – in den Worten LORD DIPLOCKS – „*Parliament does not intend to act in breach of international law, including therein specific treaty obligations*“ ⁷⁷⁶. Wenn das Gesetz, das dem Vertrag innerstaatliche Geltung verschafft, unklar ist, berücksichtigen die Gerichte deshalb den sich aus dem Vertrag ergebenden Sinn. Die Vermutung, die Krone wolle ihre internationalen Verpflichtungen einhalten, hatte zudem zur Folge, dass die Gerichte es schlussendlich auch akzeptierten, den Vertragstext in die Auslegung einzubeziehen, selbst wenn das Gesetz an sich klar erschien ⁷⁷⁷. Wenn die spätere gesetzliche Regelung aber eindeutig ist, müssen sie sie ungeachtet internationaler Abkommen anwenden. Der Fall *I.R.C. v. Collco Dealings Ltd.* von 1962 ⁷⁷⁸ ist hierfür ein schönes Beispiel: Das irische Unternehmen I.R.C. behauptete, der *Finance Act* von 1955, der ihm gegenüber angewandt worden war, verletzte das Doppelbesteuerungsabkommen zwischen Irland und dem Vereinigten Königreich von 1926, die *comity of nations* und das Völkerrecht; das Gesetz müsse so ausgelegt werden, dass dies verhindert werde. Der strittige Artikel bestimmte, die Freistellung „*under any enactment*“ von der Steuer auf bestimmte Aktiendividenden sei unbeachtlich. Musste diese Bestimmung im Sinne von „*any enactment (...) except an enactment which is part of a reciprocal arrangement with a sovereign foreign state*“ ausgelegt werden? VISCOUNT SIMONDS widersetzte sich diesem Ansinnen unter Berufung auf die britische Souveränität deutlich: „*It is said that the plain words of the statute are to be disregarded and these words arbitrarily inserted in order to observe the comity of nations and the established rules of international law. I am not sure upon which of these high sounding phrases the appellant company chiefly relies. But I would answer that neither comity nor rule of international law can be invoked to prevent a*

⁷⁷³ Vgl. zu den Quellen der britischen Rechtsordnung die Erläuterungen in Fn. 717

⁷⁷⁴ FOSTER, S. 413; *Halsbury*, Bd. 8 (2), Nr. 234, m. w. Hinw.; BRADLEY/EWING, S. 65-66

⁷⁷⁵ *Oppenheim*, S. 63

⁷⁷⁶ *Salomon v. Commissioners of Customs and Excise*, (1967) 2 QB 116, 143

⁷⁷⁷ *Wilson, Smith and Cope Ltd. V. Terruzzi*, (1976) 2 WLR 418; BROWNLIE, S. 48; vgl. TEMPLEMAN, S. 172

⁷⁷⁸ (1962) AC 1

sovereign state from taking what steps it thinks fit to protect its own revenue laws from gross abuse, or to save its own citizens from unjust discrimination in favour of foreigners. To demand that the plain words of the statute should be disregarded in order to do that very thing is an extravagance to which this House will not, I hope, give ear.” – Das *House of Lords* wies die Beschwerde einstimmig ab.

217. *Prüfungsbefugnis der Gerichte. Acts of state.*– Aussenpolitische Handlungen der Krone gelten als *acts of state* und können als solche grundsätzlich nicht gerichtlich überprüft werden⁷⁷⁹. Typische *acts of state* sind der Abschluss und die Erfüllung von völkerrechtlichen Verträgen, die Annexion ausländischen Territoriums, die Beschlagnahme von Gütern im Rahmen von Eroberungen, sowie Kriegs- und Blockadeerklärungen⁷⁸⁰. Gegenüber britischen Staatsangehörigen oder *resident friendly aliens* kann dagegen die Einrede, es liege ein *act of state* vor, nicht geltend gemacht werden⁷⁸¹, wobei es unklar ist, ob eine gegen einen britischen Staatsangehörigen im Ausland gerichtete Handlung der Krone unter Umständen als *act of state* gelten könnte⁷⁸². Die Gerichte überprüfen somit die *treaty-making power* der Krone grundsätzlich nicht. Eine Ausnahme gilt aber für den Fall, dass die *treaty-making power* in einem *statute* geregelt worden ist. Dies trifft für Teile des Gemeinschaftsrechts zu: Der *European Parliamentary Elections Act* von 1978 bestimmt, dass ohne parlamentarische Zustimmung kein Vertrag ratifiziert werden darf, der zu einem Kompetenzzuwachs des Europäischen Parlaments führt (n° 229)⁷⁸³. Dagegen können die Richterinnen und Richter natürlich untersuchen, ob eine Handlung tatsächlich einen *act of state* darstellt. So überprüfen sie z.B., ob eine Beschlagnahme ausländischen Eigentums als unüberprüfbare politische Handlung des Staates erfolgte oder aber als Anwendungsakt einer gesetzlichen Bestimmung, in welchem Fall kein *act of state* vorliegt und die Gerichte zuständig sind⁷⁸⁴.

218. *Die EMRK. Der Human Rights Act von 1998: Transformation nur in Bezug auf „subordinate legislation“.*– Das Vereinigte Königreich hat die EMRK zwar am 8. März 1951 als erster Staat ratifiziert, ihr aber erst spät (wie Schweden, n° 313) mit dem *Human Rights Act* von 1998⁷⁸⁵ offiziell landesrechtliche Wirksamkeit gegeben,

⁷⁷⁹ BRADLEY/EWING, S. 356-357

⁷⁸⁰ *Halsbury*, Bd. 18 (2), Nr. 606 u. 613-614; DAHM, S. 110; SHAW, S. 129, jeweils m. w. Hinw.; TEMPLEMAN, S. 155

⁷⁸¹ *Walker v. Baird*, (1892) AC 491; *Johnstone v. Pedlar*, (1921) 2 AC 262; s. *Halsbury*, *ibid.*, Nr. 618, m. w. Hinw.

⁷⁸² Frage offen gelassen in *Nissan v. Attorney-General*, (1970) AC 179, (1969) 1 All ER 629; BRADLEY/EWING, S. 357-358

⁷⁸³ *Halsbury*, Bd. 8 (2), Nr. 801

⁷⁸⁴ s. z.B. *Nissan v. Attorney-General*, (1970) AC 179, 231-231; *Halsbury*, Bd. 18 (2), Nr. 616

⁷⁸⁵ wiedergegeben in ILM 38 (1999) 464 oder bei GROSZ/BEATSON/DUFFY, S. 379-392

und dies zudem aus Rücksicht auf das Prinzip der Parlamentssouveränität nicht in gleicher Weise, wie es sonst für völkerrechtliche Verträge üblich ist⁷⁸⁶: Weiterhin ist die EMRK in Bezug auf Gesetze nicht direkt anwendbar, wie wir sogleich sehen werden; eine Ausnahme gilt im Rahmen der EU (n° 219).

Der *Human Rights Act* geht auf ein Wahlkampfversprechen der Labour-Regierung TONY BLAIRS zurück. Diese hatte im Wahlkampf die Übernahme der EMRK ins englische Recht versprochen, so dass künftig der lange und teure Gang nach Strassburg nicht mehr nötig sein werde. Ende Oktober 1997 – zufälligerweise an dem Tag, an dem das Vereinigte Königreich in Strassburg seinen fünfzigsten Fall verlor – veröffentlichte Innenminister STRAW einen entsprechenden Gesetzesentwurf, der von der liberaldemokratischen Partei und den Menschenrechtsorganisationen äusserst positiv aufgenommen wurde. Die Konservativen kritisierten ihn dagegen, da die Massnahme nach Schatteninnenminister MAWHINNEY eine weitere Erosion der britischen Souveränität und der Vollmachten des Parlaments zur Folge habe; massgebend für die britische Gesetzgebung würden nicht mehr die Unterhausabgeordneten sein, sondern britische Richterinnen und Richter und die EMRK. STRAW entgegnete, schon die frühere Tory-Regierung habe in der Praxis ihre Gesetzgebung den Kriterien der EMRK angepasst. Neues bringe seine Vorlage nur insofern, als britische Kläger künftig ihr Recht eben nicht mehr im Ausland bei ausländischen Richterinnen und Richtern, sondern im eigenen Land bei britischen Gerichten einfordern könnten⁷⁸⁷.

Der *Human Rights Act* von 1998⁷⁸⁸ übernimmt die EMRK nicht, wie dies sonst bei internationalen Verträgen üblich ist, vollständig ins Landesrecht; sein Ziel soll es einzig sein, den Schutz der in der EMRK verbürgten Rechte zu verstärken⁷⁸⁹. Der Grund für dieses Vorgehen liegt darin, dass der Grundsatz der Parlamentssouveränität nicht angetastet werden sollte: Bei vollständiger Übernahme ins Landesrecht hätte die EMRK den Rang eines *statute* erhalten und damit ältere, nicht EMRK-kompatible Gesetze nach dem Prinzip des *implied repeal* aufgehoben (n° 215); dies wird nun von Sekt. 3 (1) des *Acts* ausgeschlossen⁷⁹⁰. Der EMRK geht damit weiterhin selbst älteres Gesetzesrecht vor⁷⁹¹.

Der *Human Rights Act* ist dennoch von grosser Tragweite, denn er verpflichtet die Richterinnen und Richter zur EMRK-konformen Auslegung der bestehenden

⁷⁸⁶ vgl. GROSZ/BEATSON/DUFFY, Nr. 1-04 ff.; LESTER, S. 35; NZZ Nr. 100 vom 2./3. Mai 1998, S. 9 u. 40-41

⁷⁸⁷ NZZ Nr. 249 vom 27. Oktober 1997, S. 2; GROSZ/BEATSON/DUFFY, Nr. 1-11. – Einige berühmte Fälle, in denen das Vereinigte Königreich verurteilt wurde, können bei LESTER, S. 41-46, nachgelesen werden.

⁷⁸⁸ s. ILM 38, 1999, S. 464

⁷⁸⁹ GROSZ/BEATSON/DUFFY, Nr. 1-09

⁷⁹⁰ vgl. *ibid.*, Nr. 1-11

⁷⁹¹ *ibid.*, Nr. 1-14, 1-15

Gesetze. Im Hinblick auf Sekt. 2 des *Act* muss bei der Auslegung sogar die Strassburger Praxis berücksichtigt werden. Zuvor wurde die EMRK nur berücksichtigt, wenn die landesrechtliche Regelung Zweifel bestehen liess, da ihre Normen zu unbestimmt seien, um direkt angewendet zu werden ⁷⁹².

Sind Gesetze unvereinbar mit der EMRK, können die Gerichte diese auch weiterhin nicht ausser Kraft setzen. Die höchsten Gerichte können dann bloss die Regierung darauf aufmerksam machen, welche im Parlament einen Änderungsantrag einzubringen hat (Sekt. 4 des *Act*). Bis das Parlament diesem zugestimmt hat, bleibt das konventionswidrige Gesetz in Kraft. Hingegen können gemäss Sekt. 8 des *Act* alle Gerichte konventionswidrige Verfügungen aufheben sowie Regierungsverordnungen und andere *subordinate legislation*, es sei denn, die Konventionswidrigkeit gehe auf das dieser zu Grunde liegende Gesetz zurück ⁷⁹³. So bleibt die Gewaltenteilung zwischen Gerichten und Parlament erhalten. Zwar wurden schon bisher stets Gesetzesänderungen vorgenommen, wenn die Strassburger Richterinnen und Richter eine Konventionswidrigkeit ausmachten (n° 220). Doch während bisher ein vollständiges Gesetzgebungsverfahren mit drei Lesungen in beiden Kammern dazu nötig war, kann nun das Parlament bei richterlichen Einwänden die nötige Gesetzesänderung schneller vornehmen (Sekt. 10 des *Act*). Ausserdem müssen die Abgeordneten bei der Gesetzgebung darauf achten, dass die Gesetze mit der EMRK übereinstimmen (Sekt. 19 des *Act*); auch das wurde bereits bisher gemacht ⁷⁹⁴. Vgl. die Reformvorschläge in der Schweiz, n° 486.

219. *Fortsetzung. Indirekte Inkorporation von Konventionsrechten via Gemeinschaftsrecht.*- Im Rahmen der EU ist die EMRK hingegen auch in Bezug auf Gesetze direkt anwendbar. Wenn ein Sachverhalt, bei dem in der EMRK garantierte Rechte betroffen sind, unter Gemeinschaftsrecht fällt, so können die Konventionsrechte vor den nationalen Gerichten angerufen werden, da Grundrechte, eingeschlossen die in der EMRK garantierten, Teil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts sind ⁷⁹⁵. Dieser Grundsatz wurde in Art. 6 des Vertrags über die Europäische Union kodifiziert. Da Gemeinschaftsrecht im Vereinigten Königreich auf Grund des *European*

⁷⁹² s. LORD DENNING vom *Court of Appeal* in *R. v. Chief Immigration Officer, ex. p. Bibi*, (1976) 3 All ER 843: “*The Convention is drafted in a style very different from the way which we are used to in legislation. It contains wide general statements of principle. They are apt to lead to much difficulty in application: because they give rise to much uncertainty. They are not the sort of thing which we can easily digest. Article 8 is an example. It is so wide as to be incapable of practical application. So it is much better for us to stick to our own statutes and principles, and only look to the Convention for guidance in case of doubt.*”; vgl. auch TEMPLEMAN, S. 452

⁷⁹³ *ibid.*, Nr. 1-09

⁷⁹⁴ vgl. NZZ Nr. 249 vom 27. Oktober 1997, S. 2

⁷⁹⁵ *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Rs. 11/70, Slg. 1970, S. 1125, 1134

Communities Act von 1972 direkt und mit Statute-Vorrang anwendbar ist (s. *infra*, n° 221), müssen die EMRK-Rechte in gemeinschaftsrechtlich relevanten Fällen ebenfalls mit Vorrang vor *statute law* angewandt werden⁷⁹⁶. Wenn ein bestimmtes Konventionsrecht vom Gerichtshof in Strassburg anders ausgelegt wird als in Luxemburg, so müssen die britischen Gerichte sich gemäss Sekt. 3 (1) des *European Communities Act* nach der Auslegung des Europäischen Gerichtshofs richten und nicht nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte⁷⁹⁷.

220. *Fortsetzung. Einfluss auf die Entwicklung des englischen Rechts.*- Auch wenn die EMRK lange gar nicht direkt anwendbar war, hat sie die britische Rechtsordnung beeinflusst: Das Parlament passte seine Gesetze der EMRK an, und die Gerichte beachteten sie, wo das *common law* unsicher oder unvollständig war oder das *statute law* zweideutig⁷⁹⁸: “*They look to their left in the common law and they look to their right to what’s happening in Strasbourg*”, wie LORD TEMPLEMAN sagte⁷⁹⁹. Zwischen 1964 und 1999 bezogen sich die Gerichte in über 650 Fällen auf die EMRK⁸⁰⁰. So wurden z.B. die Gesetzmässigkeit des Abhörens des Telefons⁸⁰¹, die *offence of criminal libel*⁸⁰², die *contempt of court*⁸⁰³ und die Vereinsfreiheit⁸⁰⁴ unter diesem Aspekt betrachtet⁸⁰⁵. In *Cassell v. Broome* (1972)⁸⁰⁶ äusserte LORD KILBRANDON sogar, “*since all commercial publication is undertaken for profit, one must be watchful against holding the profit motive to be sufficient to justify punitive damages: to do so would be seriously hamper what must be regarded, at least since the European Convention was ratified, as a constitutional right to free speech.*”

Doch kann ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Vereinigten Königreich nicht direkt vollzogen werden. Wenn das Gericht ein Gesetz als konventionswidrig bezeichnet, so muss es vom Parlament geändert oder aufgehoben werden, damit das Urteil eine Wirkung entfalten kann; das vereinfachte Verfahren gemäss Sekt. 8 des *Human Rights Act* (n° 218) stellt hier einen Fortschritt dar. In

⁷⁹⁶ GROSZ/BEATSON/DUFFY, Nr. 1-18; s. auch BARENDT, S. 79; LESTER, S. 48-50

⁷⁹⁷ GROSZ/BEATSON/DUFFY, Nr. 1-22

⁷⁹⁸ vgl. zu den Grenzen der richterlichen Befugnis zu EMRK-konformer Auslegung *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind*, (1990) 1 AC 696, WLR 2 (1991) 588, sowie in JÖRG PAUL MÜLLER/LUZIUS WILDHABER, *Praxis des Völkerrechts*, 3. Aufl., Bern 2001, S. 155-156

⁷⁹⁹ TEMPLEMAN, S. 453

⁸⁰⁰ GROSZ/BEATSON/DUFFY, Nr. 1-02 u. 1-03; s. LESTER, S. 46

⁸⁰¹ SIR ROBERT MEGARRY VC in *Malone v. Metropolitan Police Commissioner* (No. 2), (1979) 1 Ch. 344

⁸⁰² *Gleaves v. Deakin*, (1980) AC 477, H. L.

⁸⁰³ *A.-G. v. BBC*, (1981) AC 303, H. L.

⁸⁰⁴ *Cheall v. Assoc. for Professional, Executive, Clerical and Computer Staff*, (1983) 2 AC 180, H. L.

⁸⁰⁵ BROWNIE, S. 49

⁸⁰⁶ (1972) AC 1027, 1133, H. L.

seltenen Fällen kam es auch vor, dass das Vereinigte Königreich der Rechtsprechung Strassburgs nicht folgte. Dies geschah etwa, als der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte 1988 die Regelung des *Prevention of Terrorism Act*, nach der eine Verhaftung für eine Dauer von bis zu sieben Tagen „on reasonable suspicions“, an einem Terrorakt beteiligt zu sein, zulässig war, für konventionswidrig erklärte. Diese Regelung wurde auch im *Act* von 1989 beibehalten; neu wurde einzig die Beibehaltung der Haft von einer Überprüfung der Haftgründe nach vier Tagen abhängig gemacht ⁸⁰⁷.

c) Gemeinschaftsrecht

221. *Das lange Abseitsstehen des Vereinigten Königreichs.*- Zwar hatte WINSTON CHURCHILL in seiner berühmten Zürcher Rede vom 19. September 1946 an der Universität Zürich erklärt, „(w)e must build a kind of United States of Europe“, doch sah sich das Vereinigte Königreich nicht als Bestandteil Europas. Es fühlte sich auf Grund des historischen Erbes des Empires, der erfolgreichen Verbindung mit den Alliierten im 2. Weltkrieg – insbesondere mit den Ländern des Empire und den USA, allesamt englischsprachige Staaten – sowie der englischen Sprache mehr dem Welthandel als dem europäischen Wirtschaftsraum verbunden. Dies wirkt auch heute noch nach ⁸⁰⁸. Nachdem viele Kolonien die Unabhängigkeit erlangt hatten, verstärkten sich jedoch die Handelsbeziehungen mit den europäischen Ländern. Zudem florierten die Mitgliedsländer der EWG, während das Vereinigte Königreich wirtschaftlich zurücklag. So stellte es erstmals 1961, unter der konservativen Regierung HAROLD MACMILLANS, ein Beitrittsge such. Es scheiterte indes ebenso wie dasjenige der Labour-Regierung HAROLD WILSONS von 1967 am Widerstand DE GAULLES, der von seinem Vetorecht Gebrauch machte, wohl weil er die damals dominierende Stellung Frankreichs in der Gemeinschaft durch eine Mitgliedschaft des Vereinigten Königreichs gefährdet sah. Nach seiner Demission 1969 wurde GEORGES POMPIDOU Präsident, der eine Mitgliedschaft des Vereinigten Königreichs befürwortete. So war schliesslich das dritte Beitrittsge such, das der konservative Premier und überzeugte Europäer EDWARD HEATH 1970 stellte, erfolgreich, und das Vereinigte Königreich wurde 1973, zwölf Jahre nach dem ersten Beitrittsge such, Mitglied der Gemeinschaft, zusammen mit Irland und Dänemark, deren Abhängigkeit von Exporten nach den britischen Inseln diesen Schritt für sie wichtig machte ⁸⁰⁹. Eine Klage, die Exekutive habe nicht das

⁸⁰⁷ YARDLEY, S. 42; vgl. GROSZ/BEATSON/DUFFY, Nr. 1-16

⁸⁰⁸ Vgl. nur schon den Titel des von PHILIP GIDDINGS und GAVIN DREWRY 1996 herausgegebenen Werks: „*Westminster and Europe*“ (s. Literaturverzeichnis). – S. BOGDANOR, S. 3-5 u. 31; FOSTER, S. 409-410.

⁸⁰⁹ vgl. FOSTER, S. 410-411; *Halsbury*, Bd. 8 (2), Nr. 23; BIRCH, S. 210; BOGDANOR, *ibid.*, S. 27

Recht, den EG beizutreten, da dies die in der *Bill of Rights* festgelegten Kompetenzen der Exekutive einschränken würde, wurde durch alle Instanzen und schliesslich vom *Court of Appeals* abgewiesen. LORD DENNING MR erklärte, die Befugnis zum Beitritt ergebe sich aus Gewohnheitsrecht, das bis ins Mittelalter zurück reiche. Für die Gerichte sei der Beitritt überdies erst dann beachtlich, wenn ein parlamentarisches Gesetz den Beitrittsvertrag in die britische Rechtsordnung eingliedert⁸¹⁰.

222. *Der European Communities Act von 1972.*- Das Gemeinschaftsrecht erlangte durch den *European Communities Act* von 1972 innerstaatliche Geltung, der am 1. Januar 1973 in Kraft trat. Er sieht vor, dass die primären und sekundären gemeinschaftsrechtlichen Normen direkt anwendbar sind sowie allen bestehenden und künftigen Gesetzen vorgehen. Ein *implied repeal* des Gemeinschaftsrechts durch nationales Recht ist also ausgeschlossen (vgl. n° 215). Ausserdem bestimmt es, dass die britischen Gerichte, einschliesslich des *House of Lords*, die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu befolgen haben (vgl. dazu n° 103, direkte Anwendung, und n° 104, Vorrang des Gemeinschaftsrechts). Allerdings wird dies nicht so direkt, sondern viel komplizierter formuliert, da das Gesetz sonst politisch keine Chance gehabt hätte⁸¹¹. Mit dem *European Communities Act* rettete das Vereinigte Königreich den Grundsatz der Souveränität des Parlaments: Das Parlament selbst entschied, dass das Gemeinschaftsrecht den Erlassen des britischen Parlaments vorzugehen habe⁸¹².

223. *Das Parlament bleibt souverän. Macarthys Ltd. v. Smith.*- Nun ist der Vorrang des Gemeinschaftsrechts in einem Gesetz des Parlaments vorgeschrieben; was geschieht aber, wenn das Parlament nachträglich ein Gesetz verabschiedet, das gegen Gemeinschaftsrecht verstösst? Das *House of Lords* hat zwar 1991 im Entscheid *Factortame* den Vorrang des Gemeinschaftsrechts anerkannt mit der Konsequenz, dass die einstweilige Nichtanwendung eines Gesetzes, dessen Gemeinschaftsrechtswidrigkeit geltend gemacht wird, gerichtlich zu verfügen ist⁸¹³. Nach der Rechtsprechung des

⁸¹⁰ *McWhirter v. Attorney General*, (1972) CMLR 882; SYCHOLD, S. 379

⁸¹¹ vgl. *Halsbury*, Bd. 51, Nr. 3.01 u. 3.04-06, 3.25, 3.68 u. 3.69, m. w. Hinw.; FOSTER, S. 414 u. 416; *Oppenheim*, S. 73; SHAW, S. 129; BARENDT, S. 97; MUNRO, S. 126; eingehend SYCHOLD, S. 380-391

⁸¹² vgl. MUNRO, für den Gemeinschaftsrecht „a sort of delegated legislation“ ist (*ibid.*, S. 128), LAWTON LJ der sagte: „I can see nothing which infringes the sovereignty of Parliament.“ (in *Macarthys Ltd. v. Smith*, (1979) 3 All ER 325, 334) und THE RIGHT HONOURABLE THE LORD TEMPLEMAN: „Consistently with English history and the supremacy of Parliament, Community law prevails because Parliament has said so.“ (*ibid.*, S. 450)

⁸¹³ *R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. (No. 2)*, (1991) 1 AC 603, 658; (1990) 3 WLR 818, 856, (1990) CMLR 375, (1991) CMLR 589, (1991) 1 All ER 70 und EuGH, Entscheid C-213/89, (1991) 3 All ER 769; *The Siskina*, (1977) 3 All ER 803; s. auch *Macarthys Ltd. v. Smith*, (1979) 3 All ER 325, (1979) CMLR 44, CA; *Garland v. British Rail Engineering Ltd.*, (1982) 2 AC 751; *Litster v. Forth Dry Dock and Engineering Co. Ltd.*, (1989) 1 All ER 1134; *Oppenheim*, S. 73; SHAW, S. 129; FOSTER, S. 416; BARENDT, S. 97-98; LESTER, S. 50-51

House of Lords sind die britischen Gerichte zudem seit Inkrafttreten des *European Communities Act* verpflichtet, die zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts erlassenen Normen soweit als möglich in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auszulegen⁸¹⁴. Die Anerkennung des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts erfolgte aber nicht vorbehaltlos; das *House of Lords* hat 1979 verlauten lassen, dass bei einem ausdrücklichen Verstoß des Parlaments gegen Gemeinschaftsrecht – was bisher nicht vorgekommen ist – das englische Gesetz vorgehen müsste: Im Verfahren *Macarthys Ltd. v. Smith* äusserte LORD DENNING MR die Ansicht, “(i)f the time should come when our Parliament deliberately passes an Act with the intention of repudiating the treaty or any provision in it or intentionally of acting inconsistently with it and says so in express terms then I should have thought that it would be the duty of our courts to follow the statute of our Parliament.”⁸¹⁵ Ebenso hat es 1989 in *Litster v. Forth Dry Dock and Engineering Co. Ltd* durch LORD OLIVER angemerkt, dass eine europafreundliche Auslegung nicht vorgenommen werden könnte, wenn das Parlament ganz klar und offen eine Richtlinie nicht gemeinschaftskonform umsetzte: „but it is not, I venture to think, a conclusion that any of your Lordships would willingly embrace in the absence of the most compulsive context rendering any other conclusion impossible.“⁸¹⁶ Diese allen Schweizer Juristinnen und Juristen vertraute Lösung verdeutlicht die Wichtigkeit des Prinzips der parlamentarischen Souveränität, das die Britinnen und Briten auch als Mitglieder einer supranationalen Gemeinschaft nicht aufgeben wollen.

224. *Das Vereinigte Königreich als „reluctant partner“.* Der Streit um die Haushaltsbeiträge und das Referendum von 1975.- Kurz nach dem Beitritt des Vereinigten Königreichs, der in der Erwartung erfolgte, am Wirtschaftswachstum der EWG-Länder teilzunehmen, erschütterte die Ölkrise die Weltwirtschaft. Statt vom wirtschaftlichen Aufschwung der Nachkriegszeit zu profitieren, teilte das Vereinigte Königreich nun die Wirtschaftskrise der siebziger Jahre, die sich dort zudem nachhaltiger auswirkte als in anderen europäischen Ländern. Die Haushaltsbeiträge an die EWG wurden von den Britinnen und Briten als überhöht betrachtet, was ihnen den Ruf des *Reluctant Partner* einbrachte, der bis heute nachwirkt; tatsächlich aber zahlten Deutschland und das Vereinigte Königreich bis 1992 als einzige mehr an die

⁸¹⁴ *Litster v. Forth Dry Dock and Engineering Co. Ltd.*, (1989) 1 All ER 1134, S. 1139, per LORD TEMPLEMAN; SYCHOLD, S. 397-399, m. w. Hinw.

⁸¹⁵ *Macarthys Ltd. v. Smith*, (1979) 3 All ER 325, 329; LAWTON LJ bekräftigte (*ibid.*, S. 334): “Parliament’s recognition of European Community Law and of the jurisdiction of the European Court of Justice by one enactment can be withdrawn by another”; YARDLEY, S. 41; *Halsbury*, Bd. 51, Nr. 3.14; vgl. FOSTER, S. 412 u. 414 sowie 416, und BARENDT, S. 92 u. 99; MUNRO, S. 130-131

⁸¹⁶ *Litster v. Forth Dry Dock and Engineering Co. Ltd.*, (1989) 1 All ER 1134, S. 1142-1143; SYCHOLD, S. 398-399

Gemeinschaft, als sie von dieser zurückerhielten⁸¹⁷. Das Vereinigte Königreich importierte mehr aus Drittstaaten als die übrigen EWG-Länder, so dass es der EWG höhere Importsteuern als diese entrichten musste. Es dauerte nicht lange, bis die ausgehandelten Beitrittsbedingungen innenpolitisch kritisiert wurden. Premierminister HAROLD WILSON nahm wie im Wahlkampf versprochen Neuverhandlungen der Beitrittsbedingungen auf. Die Ergebnisse wurden veröffentlicht und 1975 erhielt die britische Bevölkerung die Gelegenheit, in der ersten landesweiten konsultativen Volksabstimmung, die auf Grund des *Referendum Act* von 1975 durchgeführt wurde, zur Frage der weiteren Mitgliedschaft Stellung zu nehmen. Zwei Drittel der Britinnen und Briten sprachen sich für die weitere Mitgliedschaft aus. Dieses Referendum war sehr umstritten, da sich die Souveränität des Parlaments verfassungsrechtlich nicht vom Volk, sondern der Krone ableitet. Eine Volksabstimmung bindet also rechtlich weder Parlament noch Regierung. Der Streit um die Haushaltsbeiträge war im Übrigen damit nicht erledigt. Nach ihrer Wahl 1979 zur Premierministerin führte MARGARET THATCHER unter dem Motto „*I want my money back*“ eine entschlossene Kampagne zur Reduktion der britischen Beiträge zum Gemeinschaftsbudget, die nicht dazu beitrug, den Ruf des Vereinigten Königreichs als *Reluctant Partner* zu entkräften, 1984 aber zum Erfolg führte: Der Mehrwertsteuer-Anteil, den das Vereinigte Königreich abzuliefern hatte, wurde halbiert. Dieses als „*British rebate*“ bekannte Arrangement kann nicht gegen den Willen des Vereinigten Königreichs geändert werden⁸¹⁸.

225. *Fortsetzung. Der Maastrichter Vertrag von 1992.*- In Maastricht wurde unter den zwölf EG-Mitgliedstaaten nicht in allen Punkten ein Konsens erzielt. Um den Vertrag als Ganzes nicht zu gefährden, wurden Sonderregelungen vereinbart. Das Vereinigte Königreich beteiligt sich nicht an der Sozialpolitik, und für die Wirtschafts- und Währungsunion wurden ihm eine Sonderregelung und ein *opting out* zugestanden, so dass es an der dritten Stufe der Währungsunion nicht teilnehmen muss⁸¹⁹. Zur innerstaatlichen Wirksamkeit wurde der *European Communities (Amendment) Act* von 1993 erlassen. Weil die oppositionelle Labour die Beteiligung an der gemeinsamen Sozialpolitik forderte und wegen einiger dissidenter Konservativer wurde das Gesetz im Unterhaus erst nach äusserst zähen Verhandlungen und der Drohung Premierminister JOHN MAJORS mit einer Vertrauensabstimmung verabschiedet⁸²⁰.

⁸¹⁷ FOSTER, S. 411; BIRCH, S. 201-202 u. 208

⁸¹⁸ *Halsbury*, Bd. 51, Nr. 3.01; FOSTER, *ibid.*; BIRCH, S. 208

⁸¹⁹ FOSTER, *ibid.*; BIRCH, S. 211

⁸²⁰ WARE, S. 288-289

2. Die Kompetenzverteilung in völkerrechtlichen Angelegenheiten

226. *Die auswärtigen Angelegenheiten sind eine Royal Prerogative.*- Die Kompetenzen der Krone müssen eine gesetzliche Grundlage haben, die sich mangels einer geschriebenen Verfassung entweder aus einem *Act of Parliament* oder aus dem *common law* ergibt. Heute beruht der Grossteil der Kompetenzen auf *statute law*. Ein Teil leitet sich aber immer noch vom *common law* her, und wo die Kompetenz zudem nur der *Crown* zusteht, nicht aber den *Crown servants*, spricht man von der *Royal Prerogative*. Die Führung der auswärtigen Angelegenheiten ist eine dieser Vorrechte⁸²¹. Die Krone hat deshalb das alleinige Recht, Botschafterinnen und Botschafter zu ernennen, Staaten und Regierungen anzuerkennen, Territorien zu erwerben und abzutreten, Verträge zu schliessen, ja sogar Krieg und Frieden zu erklären. Letztere vier Handlungen sind jedoch mit dem Parlament abzustimmen (n° 227), und auch wenn sie ein „Königliches Vorrecht“ ist, ist die Krone für ihre Aussenpolitik vor dem Parlament verantwortlich⁸²². Das Parlament kann im Übrigen *prerogative powers* der Krone durch die Ausübung seiner *statutory power* einschränken oder aufheben (n° 215-216)⁸²³.

227. *Mitwirkung des Parlaments: Stellungnahmen und Genehmigung der Verträge.*- Die Rolle des Parlaments in der Aussenpolitik ist mehr aus praktischen als aus rechtlichen Gründen sichergestellt⁸²⁴:

Erstens kann die Regierung in der Praxis einen Vertrag nicht implementieren, wenn die betroffenen Personen ihren Standpunkt nicht geltend machen konnten. Diese Konsultation geschieht normalerweise über das Parlament. Und das Parlament selbst könnte vielfach die Verwirklichung eines Vertrags durch die Verweigerung der finanziellen Mittel blockieren. Gleichgültig ob ein Vertrag der Ratifikation untersteht oder nicht, wird das Parlament von der Regierung über die Verhandlungen auf dem Laufenden gehalten; es diskutiert deren Vorgehen und stellt Fragen⁸²⁵.

Zweitens gibt die *Ponsonby Rule* dem Parlament die Gelegenheit, sich zu den Verträgen zu äussern oder deren Abschluss durch politischen Druck zu verhindern (n° 212).

Drittens haben völkerrechtliche Verträge keine landesrechtliche Geltung, es sei denn, sie schränken die Kompetenzen der Regierung ein (n° 211). *“The Courts look*

⁸²¹ *Halsbury*, Bd. 8 (2), Nr. 367; *ibid.*, Bd. 18 (2), Nr. 606; BRADLEY/EWING, S. 271-276; BROWNLIE, S. 46

⁸²² *Halsbury*, Bd. 8 (2), Nr. 801; *ibid.*, Bd. 18 (2), Nr. 606; BRADLEY/EWING, S. 274

⁸²³ BRADLEY/EWING, *ibid.*

⁸²⁴ TEMPLEMAN, S. 450

⁸²⁵ Die Ministerinnen und Minister, die wiedergewählt werden wollen, führen natürlich auch Vernehmlassungen bei anderen interessierten Gruppen durch, z.B. der Industrie oder Konsumentenschutzorganisationen; *ibid.*, S. 163

solely what Parliament has done." ⁸²⁶ Dennoch haben völkerrechtliche Verträge, insbesondere die EMRK, über die völkerrechtskonforme Auslegung des Landesrechts eine innerstaatliche Wirkung (n° 216 u. 220).

Und schliesslich und vor allem hängt das politische Überleben der Regierung vom *goodwill* des *House of Commons* ab, wie zahlreiche Beispiele zeigen. LLOYD GEORGE musste wegen seiner Aussenpolitik und seinem Vertrag mit der Türkei 1924 zurücktreten. 1935 wurde der Hoare/Laval-Pakt abgelehnt und HOARE trat zurück, weil das englische Parlament die Aufteilung Abessinien nicht akzeptierte, die dieser mit LAVAL vereinbart hatte. CHAMBERLAIN trat 1940 wegen seiner Aussen- und Kriegspolitik zurück. Die Gefahr eines Misstrauensvotums bewirkt, dass die Regierung ihre Aussenpolitik nach dem Standpunkt des Parlaments und der öffentlichen Meinung ausrichtet. Auch bei Vertragsverhandlungen steht die Regierung unter diesem Einfluss, und sie unterbreitet dem Parlament einen Vertrag, den sie abzuschliessen gedenkt ⁸²⁷.

228. *Fortsetzung. Select committees.*- Neben den parlamentarischen Debatten und Anfragen an die Regierung, den Erklärungen der Ministerinnen und Minister vor dem *House of Commons* sowie der Möglichkeit, Ministerinnen und Minister zum Rücktritt zu zwingen oder eine Vertrauensabstimmung durchzuführen, bilden die *Select Committees* das hauptsächliche Instrument zur Überprüfung der Regierungstätigkeit. Für jedes Departement gibt es ein Komitee; das *Home Affairs* und das *Treasury Committee* sowie das *Foreign Affairs Committee* können zudem Subkommissionen gründen ⁸²⁸.

Da das Parlament am Gesetzgebungsprozess der EG nicht beteiligt ist, wurde 1974 das *Select Committee on European Legislation* ins Leben gerufen, das ebenfalls Subkommissionen gründen und Spezialistinnen und Spezialisten beschäftigen kann ⁸²⁹. Es hat sechzehn Mitglieder und wird von einer Hinterbänklerin oder einem Hinterbänkler der Opposition präsiert. Das Komitee nimmt eine Siebfunktion wahr, indem es Motionen zu den Gesetzesentwürfen und anderen Dokumenten der EG-Kommission fasst, welche dem Unterhaus unterbreitet und auf Beschluss des Komitees hin debattiert werden. Über die Unterbreitung entscheidet immer die Regierung. Fasst das Unterhaus eine von der Ansicht der Regierung abweichende Motion, kommt dies einem Entzug des Vertrauens gleich. Rechtlich ist die Motion aber für die Regierung nicht verbindlich ⁸³⁰.

⁸²⁶ *ibid.*, S. 450

⁸²⁷ *ibid.*, S. 154

⁸²⁸ *Halsbury*, Bd. 8 (2), Nr. 227; BIRCH, S. 225

⁸²⁹ s. GRIFFITH/RYLE, S. 436-439; BAINES, S. 49-89; BOGDANOR, S. 13

⁸³⁰ SYCHOLD, S. 405 u. 410

Weil die Möglichkeit besteht, dass der Ministerrat in Brüssel einen Entwurf der Kommission verabschiedet, bevor das Unterhaus dazu Stellung genommen hat, beschloss dieses am 30. Oktober 1980, dass kein britisches Regierungsmitglied seine Zustimmung geben dürfe, bevor die Stellungnahme des *Select Committee* vorliegt, es sei denn, dieses habe gegen eine vorzeitige Zustimmung nichts einzuwenden oder die Ministerin oder der Minister halte diese aus speziellen, dem Unterhaus zu erläuternden Gründen für notwendig ⁸³¹. Die Stellungnahme des *Select Committee* wird von der Regierung sehr ernst genommen. Wenn die Regierung gleicher Meinung wie das *Select Committee* ist, nehmen die zuständigen Ministerinnen und Minister diese bisweilen als Verhandlungstext an die Sitzung im Ministerrat mit ⁸³². Seit 1988 werden aber nicht mehr alle Entscheide des Ministerrates einstimmig gefällt, so dass das Unterhaus den Gesetzgebungsprozess in Brüssel nicht in allen Fällen aufhalten kann. Im *House of Lords* wurde ebenfalls 1974 das *Select Committee on the European Communities* eingerichtet, das sorgfältige, vielbeachtete Berichte verfasst ⁸³³.

229. *Fortsetzung. Gesetzesvorbehalt in EU-Angelegenheiten.*- Der *European Communities Act* (n° 178) sieht zur Umsetzung von mittelbar anwendbarem Gemeinschaftsrecht grundsätzlich Verordnungen der Exekutive – *Orders in Council* der Regierung und im Falle der Delegation an eine Ministerin oder einen Minister oder andere Behörden *Ministerial Regulations* – vor ⁸³⁴. Mit Rücksicht auf das Gewaltenteilungsprinzip erfolgt aber in bestimmten Fällen die Umsetzung des Gemeinschaftsrechts durch Gesetze des Parlaments. Nach Anhang 2 des *Act* sind dem Parlament die Einführung neuer Steuern, Bestimmungen mit Rückwirkung, die Delegation der Kompetenz zur innerstaatlichen Umsetzung des Gemeinschaftsrechts (ausgenommen die Verfahrensordnungen rechtsanwendender Instanzen) sowie die Einführung neuer Straftatbestände, welche mit mehr als zwei Jahren Gefängnis oder einer Geldbusse über 2000 Pfund oder 100 Pfund pro Tag bestraft werden, vorbehalten. Ausserdem muss nach Sekt. 6 des *European Assembly Elections Act* von 1978 jeder Vertrag, der die Befugnisse des Europäischen Parlaments vergrössert, vor der Ratifikation dem Parlament zur Genehmigung vorgelegt werden (vgl. n° 217) ⁸³⁵.

Wenn die Umsetzung des Gemeinschaftsrechts durch eine *Ministerial Regulation* erfolgt, muss die Regierung gemäss Anhang 2 des *European Communities Act* vor deren Inkrafttreten die Zustimmung des Parlaments einholen oder sie dem Verfahren

⁸³¹ 991 Parl. Deb., H. C. (5th ser.) 838 (1980); abgedruckt auch in TEMPLEMAN, S. 166

⁸³² TEMPLEMAN, S. 170

⁸³³ GRIFFITH/RYLE, S. 491; SYCHOLD, S. 408; BOGDANOR, S. 10-13; GIDDINGS/DREWRY, S. 306-307; TEMPLEMAN, S. 167-168

⁸³⁴ SYCHOLD, S. 393-394

⁸³⁵ *ibid.*, S. 395

des *Statutory Instruments Act* von 1946 unterstellen. Diesfalls kann jede der beiden Kammern die *Regulation* innerhalb von 40 Tagen annullieren ⁸³⁶.

Besorgnis bereitet einigen Kommentatoren die in Sekt. 2 (4) *European Communities Act* enthaltene sogenannte *Henry VIII Clause*. Diese ermächtigt die Regierung zum Erlass von Verordnungen, welche nicht nur andere Verordnungen, sondern auch Gesetze und den *Act* selbst ausser Kraft setzen können. Werden solche Verordnungen vom Parlament nicht konsequent geprüft, was auf Grund ihrer Vielfalt und des Zeitmangels der Abgeordneten durchaus vorkommen kann, könnte diese praktisch grenzenlose Delegation von Gesetzgebungskompetenzen an die Regierung die Kompetenzen des Parlaments aushöhlen ⁸³⁷.

230. *Die Gerichte. Sie überprüfen aussenpolitische Sachverhalte meist nicht, jedoch deren innerstaatlichen Auswirkungen.*- Die Gerichte wenden das internationale Gewohnheitsrecht an, und sie legen die völkerrechtlichen Verträge völkerrechtskonform aus, womit sie zur Durchsetzung und Weiterentwicklung des Völkerrechts beitragen (vgl. n° 16). Aussenpolitische Handlungen der Krone im Ausland oder gegenüber ausländischen Staatsangehörigen gelten wie oben erwähnt als unüberprüfbarer *act of state*, es sei denn, die Materie sei in einem *statute* geregelt worden (n° 217).

Daneben gibt es auch noch eine Reihe von *facts of state*, zu deren Bestimmung allein die Exekutive zuständig ist: ob ein Kriegszustand besteht zwischen Staaten; die Zugehörigkeit eines Territoriums; ob ein Territorium zur britischen Jurisdiktion gehört; ob eine Regierung anerkannt ist; der Status von Eigentum oder einer Person, für die Immunität geltend gemacht wird, u.a.m. ⁸³⁸. Wenn das Gericht Zweifel hat in Bezug auf solche *facts*, so holt es ein *executive certificate* ein, in dem die Regierung ihren Standpunkt darlegt ⁸³⁹. Diese Information hat Beweiskraft, es sei denn, es gehe um die Auslegung eines Begriffs, der in einem *commercial document* oder einem *Act of Parliament* enthalten ist ⁸⁴⁰. Die Praxis der *executive certificates* wird damit gerechtfertigt, dass diese das durchschlagendste Beweismittel bzw. die zuverlässigste Aussage zu einem Sachverhalt darstellten, aber auch damit, dass sie es Gerichten und Regierung erlaubten, eine einheitliche Auffassung der auswärtigen Angelegenheiten zu vertreten: So äusserte LORD ATKIN, „*our courts cannot speak with two voices on such a matter, the judiciary saying one thing, the Executive another*“ ⁸⁴¹.

Die Gerichte sind dagegen theoretisch frei in der Bestimmung der rechtlichen Konsequenzen, die sich aus einem *fact of state* ergeben, doch ist die Praxis

⁸³⁶ *ibid.*, S. 396

⁸³⁷ *ibid.*, S. 396-397

⁸³⁸ *Halsbury*, Bd. 18 (2), Nr. 620, m. w. Hinw.

⁸³⁹ BRADLEY/EWING, S. 54-356

⁸⁴⁰ *Halsbury*, Bd. 18, Nr. 620, m. w. Hinw.

⁸⁴¹ *The Arantzazu Mendi*, (1939) AC 256, 264

uneinheitlich. Manchmal zeigten die Gerichte eine betonte Unabhängigkeit von der Regierungsposition ⁸⁴², in anderen Fällen aber lehnten sie sich ganz an die Regierungsmeinung an ⁸⁴³.

231. *Fortsetzung. Keine gerichtliche Sicherung der parlamentarischen Kompetenzen.*- Da die Ausübung der Aussenpolitik, inklusive der Abschluss völkerrechtlicher Verträge, eine *Royal Prerogative* darstellt, das Parlament aber kein formelles Recht zu einer Beteiligung hat, gibt es keine gerichtliche Sanktion, wenn das Parlament übergangen wird ⁸⁴⁴. Wenn also die Regierung einen Vertrag ohne Zustimmung des Parlaments ratifiziert, oder entgegen dem Parlamentsbeschluss vom 30. Oktober 1980 seine Zustimmung zu einem EU-Akt gibt, sind nur politische Sanktionen möglich.

3. Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung

232. *Dominanz der Regierung über das Parlament.*- Wir haben gesehen, wie hoch die Souveränität des Parlaments im Vereinigten Königreich geschätzt wird (n° 197). Das Vereinigte Königreich wird denn auch an sich durch ein parlamentarisches System regiert. Das englische Parlament ist nicht hufeisenförmig angeordnet wie die kontinentalen Parlamente, sondern frontal. Und anders als in den kontinentaleuropäischen Parlamenten werden nicht Kompromisse ausgehandelt und Koalitionen geschmiedet, sondern die als Siegerin aus den letzten Wahlen hervorgegangene Partei setzt unter Anführung ihres Leaders und *Prime Ministers* das Regierungsprogramm gegen die unterlegene, gegenübersitzende Opposition unter Führung ihres Leaders und *Shadow Prime Ministers* durch, die zuhänden der Wählerinnen und Wähler verlauten lässt, wie sie es machen würde, wenn sie an der Macht wäre; es herrscht sozusagen permanenter Wahlkampf im Parlament ⁸⁴⁵. Die Parteidisziplin auf beiden Seiten stellt sicher, dass die Mannschaften geschlossen hinter ihren Leadern stehen, und da die Zahl der Mannschaftsmitglieder über Sieg oder Niederlage entscheidet, werden die meisten Vorhaben der Regierung vom Parlament, in dem sie die Mehrheit innehat, angenommen. Im Ergebnis diktiert also die Regierung den Gang der Staatsgeschäfte. Wenn man noch berücksichtigt, dass etwa 90 % der Gesetze von der Regierung ausgearbeitet werden, so wird klar, dass in der politischen Praxis keine funktionelle Gewaltenteilung

⁸⁴² s. z.B. *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner and Keeler Ltd. (No 2)*, (1967) 1 AC 853

⁸⁴³ s. z.B. *The Arantzazu Mendi*, (1939) AC 256; vgl. auch *The Philippine Admiral*, (1977) AC 373, 323

⁸⁴⁴ BRADLEY/EWING, S. 274

⁸⁴⁵ vgl. BRADLEY/EWING, S. 93; BIRCH, S. 205; BARENDT, S. 89

zwischen Parlament und Regierung herrscht, sondern dass die Regierung das Parlament dominiert⁸⁴⁶. Dies sollte man sich bei den nachfolgenden Ausführungen vor Augen halten. Die Kontrolle der Regierung geschieht durch die parlamentarische Opposition, der Fehler und unpopuläre Entscheide der Regierung zum Sieg bei den nächsten Neuwahlen verhelfen sollen⁸⁴⁷. Eine personelle Gewaltenteilung existiert im Übrigen nicht, da der Verfassungsbrauch verlangt, dass ein Mitglied der Regierung Mitglied einer der Kammern des Parlaments sein muss⁸⁴⁸.

233. *Schwächung der Rolle des Parlaments durch die EMRK und das Gemeinschaftsrecht.*- Das traditionelle Völkerrecht hat praktisch keinen Einfluss auf die Gewaltenteilung. In Bezug auf die EMRK dürfte der *Human Rights Act*, welcher die Gerichte zur Berücksichtigung der EMRK und der Strassburger Praxis verpflichtet, zu einer Kompetenzverlagerung vom Parlament zu den Gerichten führen (n° 218). Und in Bezug auf Gebiete, die vom Gemeinschaftsrecht betroffen sind, hat eine Stärkung von Exekutive und Judikative zu Lasten der Legislative stattgefunden. Denn, wie THE RIGHT HONOURABLE THE LORD TEMPLEMAN ausführte, “*we’ve got those three areas, Community law which is directly applicable when the European Court says so, other treaties which we effect to ignore, (...) and the European Convention on Human Rights, to which English judges pay respect.*”⁸⁴⁹

a) Einfluss des internationalen Gewohnheitsrechts

234. *Ausbalancierter Einfluss.*- An der Bildung der gewohnheitsrechtlichen Normen sind alle Staatsorgane beteiligt (n° 16). Da internationales Gewohnheitsrecht wohl Akten der Exekutive vorgeht, aber keine landesrechtliche Geltung erlangt, wenn es gegen Erlasse des Parlaments verstösst, beschneidet es an sich nur die Kompetenzen der Exekutive, deren Akte von den Gerichten gegebenenfalls nicht angewendet werden (n° 203, 209). Doch ist auch das Parlament „*bound (...) by the need to keep faith with other powers to which the nation is under obligations by treaty or by the rules of international law.*“⁸⁵⁰ Und durch die völkerrechtskonforme Auslegung, bei der die Gerichte über einen grossen Ermessensspielraum verfügen, kann die Tragweite des *statute law* dennoch geändert oder eingeschränkt werden (n° 210). Das Gewicht der

⁸⁴⁶ BARENDT, S. 89; BRADLEY/EWING, S. 97-98; GEORGES BURDEAU/FRANCIS HAMON/MICHEL TROPER, *Droit constitutionnel*, 25. Aufl., Paris 1995, S. 213

⁸⁴⁷ *Halsbury*, Bd. 8 (2), Nr. 22

⁸⁴⁸ *Halsbury*, *ibid.*, Nr. 205

⁸⁴⁹ TEMPLEMAN, S. 453

⁸⁵⁰ *Halsbury*, Bd. 8 (2), Nr. 236

Judikative steigt also, wo ein Gebiet gewohnheitsrechtlich geregelt ist. Dieser Einfluss auf die Zuständigkeiten des Parlaments wird allerdings dadurch beschränkt, dass die Gerichte an den klaren Willen des Parlaments gebunden sind (vgl. n° 209). Insgesamt erscheint so der Einfluss, den Exekutive, Legislative und Judikative aufeinander über das Gewohnheitsrecht ausüben können, als gut ausbalanciert.

b) Einfluss der völkerrechtlichen Verträge

235. *Kompetenzgewinne von Regierung und Parlament.*- Weil der Abschluss völkerrechtlicher Verträge wie alles Auswärtige eine Prärogative der Krone ist, haben diese zum Schutz der Parlamentssouveränität ohne Parlamentsakt keine innerstaatliche Wirksamkeit, es sei denn, sie führten zu einer Einschränkung der Regierungskompetenzen, oder es handle sich um unbedeutende Verwaltungsabkommen (n° 211). Die englische Rechtsordnung enthält so eine Sicherung gegen Kompetenzausweitungen der Regierung über die auswärtigen Angelegenheiten auf die inneren. Trotzdem können über die vertragskonforme Auslegung auch nicht vom Parlament genehmigte Abkommen eine beträchtliche Wirkung entfalten, wie das Beispiel der EMRK zeigt, die vom Parlament und den Gerichten stark beachtet wird (n° 220); in Bezug auf die EMRK ist die Rolle der Gerichte durch den *Human Rights Act* zudem gestärkt worden (n° 218). Über die Auslegung gewinnen die Gerichte an Einfluss gegenüber dem Parlament. Indirekt wird dadurch auch der Einfluss der Regierung gestärkt, welche den Inhalt der Verträge massgeblich bestimmt (n° 226, 227, 232).

c) Einfluss des Gemeinschaftsrechts

236. „*Not power, only influence*“: *Abwertung der Rolle des Parlaments ...*- Im Unterschied zu den traditionellen Völkerrechtsnormen ist das Gemeinschaftsrecht auf Grund des *European Communities Act* direkt und mit Gesetzesvorrang anwendbar (n° 222). Das Parlament hat dadurch das Monopol der Gesetzgebung verloren ⁸⁵¹.

Zwar ist es rechtlich nach wie vor souverän, da es den *European Communities Act* als Grundlage dieses Vorrangs aufheben oder dem Gemeinschaftsrecht widersprechende Gesetze erlassen könnte, denen die britischen Gerichte wohl Vorrang vor dem Gemeinschaftsrecht einräumen würden (n° 223), doch ist diese Souveränität eine Fiktion, solange das Vereinigte Königreich Mitglied der EU ist. Das Parlament muss seit dem Beitritt zur EU Teile seiner Gesetzgebungs- und Budgetkompetenzen mit

⁸⁵¹ vgl. WARE, S. 301; BARENDT, S. 69; *Halsbury*, Bd. 51, Nr. 3.14

dieser teilen ⁸⁵². In den Bereichen, die in der Zuständigkeit der EU liegen, hat das Parlament nicht mehr die letztinstanzliche Entscheidungskompetenz, sondern nur noch eine Prüfungskompetenz oder, bei der Implementierung von EU-Richtlinien, eine vollziehende Rolle; es übt hier keine Macht mehr aus, sondern nur noch Einfluss über die zuständigen britischen Ministerinnen und Minister. *“The broad picture that emerges (...) is a context in which a national parliament could at best exercise only influence, not power”* (RICHARD WARE) ⁸⁵³: Nur Einfluss, denn die Regierung ist nicht verpflichtet, nach den Anweisungen des Parlaments zu handeln, und es gibt auch keine Sanktionen, wenn sie die Beratung von EU-Akten im Parlament nicht abwartet, was bisweilen geschah ⁸⁵⁴. Zudem haben die britischen Ministerinnen und Minister wiederum nur beschränkten Einfluss auf ihre Kolleginnen und Kollegen im Ministerrat, wo die Mehrheitsentscheide insbesondere mit der Einheitlichen Europäischen Akte und dem Maastrichter Vertrag zunahm ⁸⁵⁵.

Daher hat eine parlamentarische Kommission 1989 vorgeschlagen, das Parlament sollte bei den Organen der EU Lobbying betreiben. Die EU-Angelegenheiten sollten hierzu nicht dem *Select Committee on European Legislation* überlassen, sondern je nach Fachgebiet vom innerstaatlich hierfür zuständigen Komitee möglichst frühzeitig, bevor ein Entwurf zum Ministerrat gelangt, behandelt werden, so dass eine Einflussnahme auf die Kommission oder das Europäische Parlament noch möglich wäre ⁸⁵⁶.

Obwohl das Unterhaus mit dem *Select Committee on European Legislation* über ein Sieb verfügt, wird seine Arbeit durch die schiere Masse der zu behandelnden Dokumente und die Unwägbarkeiten des EU-Terminplans erschwert. Oft fand eine Debatte zu spät statt, um den Entscheid des Ministerrats noch beeinflussen zu können ⁸⁵⁷. Die Beteiligung des Parlaments an EU-Angelegenheiten ist verbesserungswürdig und gleicht dessen Kompetenzverlust nicht aus ⁸⁵⁸. Zu erinnern ist daran, dass die Kompetenzen des Parlaments nicht nur durch die EU-Mitgliedschaft beschränkt werden, sondern mindestens so stark durch die starke Parteidisziplin der Unterhausabgeordneten; die meisten Gesetze werden wie erwähnt von der Regierung ausgearbeitet (n° 185). Es ist deshalb anzumerken, dass die Arbeit im *Select Committee on European Legislation* den Abgeordneten erstmals die Möglichkeit eröffnete, an der Vorbereitung der nationalen Gesetzgebung mitzuwirken ⁸⁵⁹.

⁸⁵² BARENDT, S. 99; WARE, S. 301

⁸⁵³ WARE, S. 313; *ibid.*, S. 302-304 u. 314

⁸⁵⁴ BIRCH, S. 203; BOGDANOR, S. 16; BAINES, S. 65 u. 85

⁸⁵⁵ BOGDANOR, S. 14 u. 16; WARE, S. 303

⁸⁵⁶ BOGDANOR, S. 14-15 u. 17-19

⁸⁵⁷ BAINES, S. 73; BOGDANOR, S. 15; WARE, S. 310

⁸⁵⁸ vgl. *Halsbury*, Bd. 51, Nr. 3.02 u. 3.03

⁸⁵⁹ SYCHOLD, S. 409

237. ... zu Gunsten der Regierung ...- Überall, wo die EU zuständig ist, konnte die im Ministerrat vertretene Regierung ihre Kompetenzen zu Lasten des Parlaments ausbauen⁸⁶⁰. Doch wurde mit der Mitgliedschaft auch ein Vorrecht der Regierung eingeschränkt: Wo die Gemeinschaft zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge zuständig ist, haben die Mitgliedstaaten diese Kompetenz nicht mehr⁸⁶¹. Diese Einschränkung wirkt sich allerdings nicht zu Gunsten des Parlaments aus, sondern zu Gunsten der Gemeinschaft. Der ehemalige Leader des Unterhauses JOHN BIFFEN kam denn auch in einem Bericht von 1984 zum Schluss, dass „*in the circumstances of our relationship with the European Community, Government has retained its sphere of authority more effectively than has Parliament.*“⁸⁶².

238. ... und der Gerichte.- Der Vorrang des unmittelbar geltenden Gemeinschaftsrechts vor dem Landesrecht wird durch die britischen Gerichte durchgesetzt (s. n° 222). Diese können die Gesetze des Parlaments ebenso wie andere Rechtserlasse auf ihre Konformität mit dem Gemeinschaftsrecht prüfen. Der dadurch entstehende Widerspruch mit dem Prinzip der parlamentarischen Souveränität wird zwar rechtlich dadurch aufgehoben, dass das Parlament selbst den Gerichten diese Kompetenz zugestand und die Gerichte wahrscheinlich bei einem ausdrücklichen Verstoss gegen das Gemeinschaftsrecht dem *statute* weiterhin den Vorrang einräumen würden (n° 223), doch hat der EG-Beitritt damit zu einem deutlichen Machtzuwachs der Gerichte gegenüber dem Parlament geführt⁸⁶³.

D. Die Vereinigten Staaten von Amerika

239. *Stärkung des Bundes, ausgleichende Mechanismen innerhalb des Bundes.*- In den USA geht das Völkerrecht nur dem Recht der Gliedstaaten vor, nicht aber Bundesrecht (n° 250 u. 264-265). Da die auswärtigen Angelegenheiten ungeachtet der innerstaatlichen Zuständigkeiten Sache des Bundes sind, kann dieser seine Kompetenzen auf Gebiete ausdehnen, für die ansonsten die Gliedstaaten zuständig sind (n° 292 u. 295). Von den Bundesorganen dominiert die Präsidentin bzw. der Präsident die

⁸⁶⁰ vgl. BAINES, S. 85; BRADLEY/EWING, S. 98

⁸⁶¹ BRADLEY/EWING, S. 362; *Halsbury*, Bd. 51, Nr. 3.01

⁸⁶² First Special Report from the Select Committee on European Legislation, 1983-1984, HC 527, Nr. 26, zitiert in BAINES, S. 85

⁸⁶³ FOSTER, S. 416; *Halsbury*, Bd. 51, Nr. 3.14

Aussenpolitik. Diese Dominanz der Präsidentin bzw. des Präsidenten, die sich aus der Eigenart des Äusseren erklärt, wurde durch die Political-Question-Doktrin des *Supreme Court* begünstigt (vgl. n° 277-279), wie dieses Gericht auch die Dominanz des Bundes über die Gliedstaaten förderte (n° 273-274). Der Bund vermeidet es aber, Kompetenzverschiebungen via Völkerrecht herbeizuführen (n° 267), und die innerstaatliche Wirkung präsidialer Aussenpolitik wird durch den Einbezug der Legislative – des Senats bei *treaties*, des Kongresses bei Verträgen, die nicht *self-executing* sind – und dadurch, dass Völkerrecht nicht höherrangig ist als Bundesgesetze, aufgefangen. Hier spielte der *Supreme Court* eine ausgleichende Rolle zwischen Exekutive und Legislative: Seine Self-executing-Lehre (n° 261-263) führte zum Einbezug der Legislative bei der innerstaatlichen Anwendung der Verträge, und in seiner Rolle als Verfassungshüter greift er ein, wenn die Präsidentin bzw. der Präsident gegen den Willen des Kongresses unter Berufung auf seine aussenpolitische Zuständigkeit legislatorische Massnahmen ergreifen will (n° 280). Die Political-Question- und die Self-executing-Lehre sind dabei auch Ausdruck der Zurückhaltung des *Supreme Court*, sich politisch zu exponieren (n° 290).

1. Die innerstaatliche Stellung des Völkerrechts

240. *In der Tradition von Lord Mansfield und Blackstone.* – Die amerikanische Praxis ist der englischen sehr ähnlich: Von Anfang an wandten die Gerichte ohne zu zögern das Völkerrecht an, wenn es ihnen angemessen erschien. Sie stützten ihre Kompetenz auf die englische Rechtsprechung, insbesondere auf die Meinung LORD MANSFIELDS in *Triquet v. Bath*, wonach „*the law of nations (...) was part of the law of England*“ (n° 199)⁸⁶⁴. Zudem übten die *Commentaries* BLACKSTONES (n° 200) bis ins 19. Jahrhundert einen grossen Einfluss auf die amerikanischen Juristen aus⁸⁶⁵. Im Unterschied zum Vereinigten Königreich haben die USA aber eine geschriebene Verfassung im formellen Sinn. Die amerikanische Verfassung wurde 1787 entworfen und trat 1789 in Kraft, womit sie die älteste Verfassung ist, die immer noch in Kraft ist. Sie ist auch die erste Verfassung der Welt, welche die bindende Kraft völkerrechtlicher Normen ausdrücklich anerkennt; die Verfassungsväter wollten die nationale Sicherheit

⁸⁶⁴ GOULD, S. 236; HENKIN, *US*, S. 419

⁸⁶⁵ GOULD, *ibid.*

des neuen Staates durch die strikte Beachtung des Völkerrechts, die sie auch von den anderen Staaten forderten, garantieren ⁸⁶⁶.

241. *Monismus mit Einschränkung.*- Das Vorhandensein einer formellen Verfassung ist ein erster Unterschied zwischen der amerikanischen und der britischen Rechtsordnung. Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass nicht nur das internationale Gewohnheitsrecht, sondern auch die völkerrechtlichen Verträge im Prinzip unmittelbar innerstaatliche Geltung geniessen, da die Präsidentin bzw. der Präsident die Zustimmung von zwei Dritteln des Senats oder eine sich auf Grund von Verfassung, Gesetz oder (vom Senat genehmigten) Vertrag ergebende Ermächtigung benötigt, um einen Vertrag abzuschliessen (Art. II Sekt. 2 Ziff. 2 Cst.; vgl. n° 258, 259), und die Legislative somit vor Eigenmächtigkeiten der Präsidenz geschützt ist; die Vereinigten Staaten sind also grundsätzlich monistisch (vgl. aber n° 244, n° 247-249 und 259-260). Das Völkerrecht geht dem Landesrecht dabei – wie in den Common-Law-Staaten im Allgemeinen – nicht vor (vgl. n° 196). Seit die USA nicht mehr eine schwache Kolonie, sondern eine Weltmacht sind, gehören sie nicht mehr zu den völkerrechtsfreundlichsten Staaten. Die Gerichte versagen Verträgen oft die Anwendung, indem sie die direkte Anwendbarkeit nur äusserst zurückhaltend anerkennen oder eine Überprüfung – bisweilen unter Hinweis auf die Political-Question-Doktrin – ablehnen. Zudem kommt es seit dem 2. Weltkrieg immer häufiger vor, dass der Senat oder die Präsidentin bzw. der Präsident beim Abschluss eines Vertrages erklärt, dieser sei nicht direkt anwendbar ⁸⁶⁷.

a) Internationales Gewohnheitsrecht

242. *Grundlagen für seine Geltung. Vor der Verfassung.*- Bereits der zweite Kontinentalkongress bezog sich in vielfältiger Weise auf das Völkerrecht: So wurde z.B. mit einer Resolution vom 22. Mai 1779 verlangt, das Völkerrecht solle „*most strictly observed*“ werden ⁸⁶⁸; eine Resolution vom 23. November 1781 ⁸⁶⁹ empfahl den amerikanischen Staaten, ihren Gerichten die Kompetenz zur Beurteilung von Völkerrechtsverletzungen zu geben; und am 4. Dezember desselben Jahres verlangte

⁸⁶⁶ s. Art. VI Sekt. 2 Cst.; CASSESE, S. 351 u. 352; AUER, S. 3; HENKIN, *Politics*, S. 69. – Für den Text der amerikanischen Verfassung, s. z.B. LOCKHART/KAMISAR/CHOPER/SIFFRIN/FALLON, Anhang B. Sie ist natürlich auch auf dem Internet abrufbar, z.B. unter www.house.gov/Constitution/Constitution.html

⁸⁶⁷ KELLER, S. 235, m. w. Hinw.

⁸⁶⁸ 5 Journals of the Continental Congress 161

⁸⁶⁹ 7 Journals of the Continental Congress 161

der Kongress von den Gerichten, prisenrechtliche Prozesse seien zu beurteilen nach „*the law of nations, according to the general usages of Europe.*“⁸⁷⁰

243. *Fortsetzung. Die Verfassung von 1787.*- Die einzige Bestimmung, die als allgemeiner Hinweis auf das internationale Gewohnheitsrecht interpretiert werden kann, ist Art. I Sekt. 8 Ziff. 10 Cst., der bestimmt:

(The Congress shall have Power) (t)o define and punish Piracies and Felonies committed on the high Seas and Offences against the Law of Nations (...)

Daraus, dass der Begriff „*treaty*“ in anderen Artikeln der Verfassung vorkommt, folgert die Lehre, dass mit „*Law of Nations*“ das internationale Gewohnheitsrecht gemeint ist⁸⁷¹.

Spezielle Hinweise auf das Völkergewohnheitsrecht finden sich in Art. III, wo die Kompetenzen des *Supreme Courts* festlegt und ihm in Sekt. 2 Fälle zugewiesen werden, bei denen Regeln des Völkergewohnheitsrechts zur Anwendung kommen können: Verfahren, die Botschafterinnen und Botschafter oder Konsulinnen und Konsule involvieren; welche die Admiralität und die Marine betreffen; Verfahren zwischen Bundesstaaten und zwischen einem Bundesstaat oder einem seiner Staatsangehörigen und einem ausländischen Staat oder seinen Staatsangehörigen.

244. *Fortsetzung. Die Rechtsprechung.*- Wie erwähnt wurde die amerikanische Rechtsprechung stark von der britischen beeinflusst (n° 240). Der Einfluss LORD MANSFIELDS bestand natürlich schon vor der Unabhängigkeit der USA⁸⁷². So machte 1781 – im Jahr, als die *Articles of Confederation* in Kraft traten – der *Attorney General* die *Triquet-v.-Bath*-Rechtsprechung des britischen Oberhauses (s. n° 199) vor dem *Common Pleas Court* von Philadelphia geltend⁸⁷³. Noch klarer beeinflusst durch *Triquet v. Bath* ist der Entscheid des *Court of Oyer and Terminer* in Philadelphia in der Sache *Respublica v. De Longchamps* aus dem Jahre 1784, der die diplomatische Immunität betraf: CHIEF JUSTICE M’KEAN sagte: “*The first crime in the indictment is an infraction of the law of Nations. This law, in its fullest extent, is part of the law of this State, and is to be collected from the practice of different Nations, and the authority of writers.*”⁸⁷⁴. Oft zitiert in diesem Zusammenhang wird *The Paquete Habana*, ein Entscheid von 1900, in dem JUSTICE GRAY äusserte: “*International law is part of our law, and must be ascertained and administered by the courts of justice of appropriate*

⁸⁷⁰ 7 Journals of the Continental Congress 189

⁸⁷¹ GOULD, S. 233

⁸⁷² *ibid.*, S. 237

⁸⁷³ in *Simon Nathan v. The Commonwealth of Virginia*, 1 Dall. 78

⁸⁷⁴ 1 US (1 Dall.) 111, S. 117

jurisdiction, as often as questions of right depending upon it are duly presented for their determination.”⁸⁷⁵ Man könnte noch viele weitere Entscheide aufzählen, aber es genügt hier festzuhalten, dass der Grundsatz „*the law of the nations is the law of the land*” in den Vereinigten Staaten von Anfang an akzeptiert war und Geltung hatte.

Eine Variante der Law-of-the-Land-Lehre betrachtet das internationale Gewohnheitsrecht als Quelle des Landesrechts, ohne dass es als solches aber landesrechtliche Geltung habe; s. z.B. JUDGE LEARNED HAND in *Bergman v. De Sieyes* (1948)⁸⁷⁶. Und nicht alle Richter bezogen sich auf LORD MANSFIELD. JUDGE OAKLEY vom *Superior Court of the City of New York* sagte in *Holbrook, Nelson & Co. v. Henderson* (1839) zur Frage der diplomatischen Immunität, dieses Privileg gründe im Völkerrecht, und das nationale Recht habe nur deklaratorische Bedeutung; diese Theorie stammt von LORD TALBOT (n° 199); OAKLEY bezog sich nicht auf die Law-of-the-Land-Lehre von LORD MANSFIELD⁸⁷⁷. In anderen (frühen) Urteilen schliesslich machten die Richter zur Begründung der landesrechtlichen Geltung von Völkerrecht neben der Law-of-the-Land-Doktrin die Unabhängigkeit der USA geltend; vgl. *infra*, n° 246⁸⁷⁸. Und endlich hat die Rechtsprechung des *English Admiralty Court* (n° 206) die amerikanischen Gerichte in Bezug auf das Seerecht beeinflusst. Das Seerecht wurde auch von den amerikanischen Gerichten angewandt, ohne dass es als „*law of the land*“ bezeichnet wurde⁸⁷⁹.

Man kann zusammengefasst festhalten, dass die amerikanischen Gerichte vielleicht Zweifel über die genaue Grundlage der landesrechtlichen Geltung des Gewohnheitsrechts hatten, aber nicht darüber, dass es angewandt werden musste⁸⁸⁰.

245. *Unmittelbare Geltung; Bestimmung des Gewohnheitsrechts.*- Nach dem Law-of-the-Land-Grundsatz hat das Völkergewohnheitsrecht unmittelbare landesrechtliche Geltung, wobei die universell oder von den Vereinigten Staaten anerkannten Normen adoptiert werden (vgl. für die gleiche Praxis des Vereinigten Königreichs n° 202)⁸⁸¹. Die Bestimmung dieser Normen ist einfach, wenn sie in ein amerikanisches Gesetz oder einen von den USA ratifizierten völkerrechtlichen Vertrag Eingang gefunden haben. Wenn dagegen eine völkergewohnheitsrechtliche Norm nicht kodifiziert ist, wenden die Gerichte verschiedene Techniken an. Sie beziehen sich vor allem auf die Praxis der

⁸⁷⁵ 175 US 677, S. 700

⁸⁷⁶ 170 F. 2d 360

⁸⁷⁷ Für den Inhalt des Privilegs bezog er sich auf VATTEL; 4 Sandford's New York Superior Court Reports 619, S. 627.

⁸⁷⁸ s. *Talbot v. The Commanders and Owners of Three Brigs* (1784), High Court of Errors and Appeals, Pennsylvanien, 1 US (1 Dall.) 95, S. 106

⁸⁷⁹ GOULD, S. 240-244

⁸⁸⁰ Vgl. zum Ganzen die Analyse von GOULD, S. 232-252; HENKIN, *US*, S. 417-423

⁸⁸¹ *Oppenheim*, S. 74-75; O'CONNELL, S. 67; HENKIN, *US*, S. 428; CASSESE, S. 440

Regierung und die Rechtsprechung der amerikanischen Gerichte, aber auch auf die Entscheide der ausländischen Gerichte und die Lehrmeinungen (n° 247-248).

246. *Fortsetzung. Necessary reception.*- Während der ersten Jahre der Unabhängigkeit jedoch kam die Necessary-Reception-Theorie zur Anwendung. Im Entscheid *Ware v. Hylton* von 1796 erklärte JUSTICE WILSON: “*When the United States declared their independence, they were bound to receive the law of nations in its modern state of purity and refinement*”⁸⁸². Mit der Unabhängigkeit wurde das Gewohnheitsrecht Bestandteil des Landesrechts (vgl. n° 17): “*The law of nations, although not specifically adopted by the Constitution or any municipal act, is essentially a part of the law of the land. Its obligation commences and runs with the existence of a nation, subject to modifications on some points of indifference.*”⁸⁸³ Danach wurde diese Theorie nicht mehr angewandt, da die USA nun aktiv an der Gestaltung des Gewohnheitsrechts beteiligt waren, so dass jetzt die Praxis der amerikanischen Behörden zu berücksichtigen war bei der Bestimmung der landesrechtlichen Geltung von Völkergewohnheitsrecht (vgl. n° 15 u. n° 254)⁸⁸⁴.

247. *Fortsetzung. Die Regierungspraxis.*- Die gebräuchlichste Technik zur Bestimmung nichtkodifizierten Gewohnheitsrechts besteht in der Analyse der Regierungspraxis. So hat JUSTICE GRAY im häufig (und hier in n° 244) zitierten Entscheid *The Paquet Habana* aus dem Jahre 1900 die ausländische Praxis und die Lehre untersucht, um dann zur Bestimmung der landesrechtlichen Geltung der fraglichen gewohnheitsrechtlichen Norm (nämlich des Verbots, unbewaffnete Fischerboote priserechtlich zu beschlagnahmen) die amerikanische Praxis in Betracht zu ziehen: Einen Vertrag mit Preussen von 1785; den Friedensvertrag mit Mexiko von 1848; die amerikanische Praxis während des Kriegs gegen Mexiko (1848) und gegen Spanien (1898) – kurz: der *Supreme Court* untersuchte, ob die angerufene Norm der Haltung der amerikanischen Regierung entsprach⁸⁸⁵.

HENKIN bemerkt, „*the process by which customary law is created is hardly certain and remains somewhat mysterious*”. Daher hat die landesrechtliche Regelung ein grosses Gewicht: “*Courts are often reluctant to conclude that a principle has become*

⁸⁸² 3 US (3 Dall.) 199, S. 281; die Necessary-Reception-Theorie wurde ebenso angewandt in *Talbot v. The Commanders and Owners of Three Brigs* (1784), 1 US (1 Dall.) 95, S. 106 und in *Chisholm v. Georgia* (1793), 2 US (2 Dall.) 419, S. 474

⁸⁸³ Stellungnahme des Attorney General EDMUND RANDOLPH (1792), 1 Ops. Atty. Gen. 26, S. 27

⁸⁸⁴ GOULD, S. 276

⁸⁸⁵ ebenso: *Natterstom, Adm. v. Ship Hazard* (1809), Bee’s Admiralty Reports 441, S. 459; *The Carlos F. Roses* (1900), 177 US 655, S. 661; vgl. GOULD, S. 274-275 u. 282-284

customary law, and they may be even more reluctant to do so when the principle would be contrary to earlier congressional legislation” ⁸⁸⁶.

248. *Fortsetzung. Die Rechtsprechung.*- Zur Bestimmung der landesrechtlichen Geltung einer gewohnheitsrechtlichen Norm ziehen die amerikanischen Gerichte auch in- und ausländische Präzedenzfälle sowie die Entscheide des Internationalen Gerichtshofs in Betracht ⁸⁸⁷. In *State of the Netherlands v. Federal Reserve Bank of New York* (1953) z.B. leitete der *Circuit Court of Appeals for the Second Circuit* eine gewohnheitsrechtliche Norm vorwiegend aus ausländischen Entscheiden ab ⁸⁸⁸.

Die Common-Law-Gerichte schaffen Recht, soweit es zur Entscheidung eines Verfahrens notwendig ist. Daher hat ein Teil der Lehre die Meinung vertreten, eine völkergewohnheitsrechtliche Norm habe nicht Rechtsqualität, solange ein Gericht diese nicht anerkannt habe. In diesem Sinn wurde die folgende Bemerkung von JUSTICE CARDOZO im Entscheid *New Jersey v. Delaware* von 1934 verstanden: “*International law, or the law that governs between states, has at times, like the common law within states, a twilight existence during which it is hardly distinguishable from morality or justice, till at length the imprimatur of a court attests its juridical quality.*” ⁸⁸⁹

249. *Anwendung des Gewohnheitsrechts. Der Alien Tort Claims Act von 1789.*- Internationales Gewohnheitsrecht wird von den Gerichten angewandt, wenn es *self-executing* ist, d.h. genügend bestimmt, um von Gerichten umgesetzt zu werden ⁸⁹⁰. Da eine Norm nur dann als Gewohnheitsrecht anerkannt wird, wenn eine Übung besteht, und eine Übung ein präzise erfassbares Verhalten bedingt, dürfte der Self-executing-Charakter stets gegeben sein (vgl. n° 10).

Als besonders eindrückliches Beispiel seien die Entscheide amerikanischer Gerichte im Zusammenhang mit schweren Menschenrechtsverletzungen genannt ⁸⁹¹. Auf Grund des *Alien Tort Claims Act* von 1789 sind Distriktsgerichte für Zivilklagen ausländischer Staatsangehöriger zuständig, wenn damit ein Völkerrecht verletzender *tort* geltend gemacht wird. So befasste sich der *US Court of Appeals for the Second Circuit* in *Filartiga v. Pena-Irala* ⁸⁹² mit der Klage eines Paraguayaners gegen einen Landsmann, den er für die Folterung und den Tod seines Sohnes in Paraguay verantwortlich machte. Das Appellationsgericht zog in Betracht, dass Folter gegen Völkerrecht verstosse und es somit zuständig sei; es verurteilte den Beklagten, obwohl

⁸⁸⁶ HENKIN, *US*, S. 428

⁸⁸⁷ GOULD, S. 288

⁸⁸⁸ 201 F. 2d 455; vgl. auch GOULD, S. 285-287

⁸⁸⁹ 291 US 361, S. 383; GOULD, S. 276-277

⁸⁹⁰ Third Restatement of Foreign Relations Law of the United States, St. Paul 1987, Par. 111, S. 43-44

⁸⁹¹ vgl. SHAW, S. 116-117

⁸⁹² 630 F. 2d 876 (1980)

beide Parteien ausländische Bürger waren und die Tat im Ausland verübt worden war. Anderen Klagen wegen Menschenrechtsverletzungen war wechselnder Erfolg beschieden⁸⁹³. Der Versuch, eine Verurteilung Argentiniens wegen der Folterung seiner Staatsangehörigen zu erlangen, scheiterte an der Staatenimmunität⁸⁹⁴. In *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic* wurde entschieden, Akte des internationalen Terrorismus könnten nicht unter dem *Alien Tort Claims Act* geltend gemacht werden⁸⁹⁵. In *Kadic v. Karadzic*⁸⁹⁶ dagegen kam der *US Court of Appeals for the Second Circuit* zum Schluss, dass unter dem *Alien Tort Claims Act* nicht nur Klagen wegen staatlicher Folter und summarischer Exekutionen, sondern auch Genozid, Kriegsverbrechen und andere Verletzungen des humanitären Völkerrechts geltend gemacht werden können.

250. Rang.- Das internationale Gewohnheitsrecht hat – wie im Vereinigten Königreich (n° 209) – den selben Rang wie das *common law*. Es geht damit der Bundesverfassung und den Bundesgesetzen sowie den völkerrechtlichen Verträgen (s. n° 264) nach, seien diese Normen älter oder jünger. Dagegen geht das Gewohnheitsrecht dem Recht der Gliedstaaten vor⁸⁹⁷.

Diese Hierarchie wurde bereits von JUSTICE IREDELL im Jahre 1796 vertreten. Er war der Ansicht, dass die Legislative gegenüber dem Rest der Welt moralisch verpflichtet sei, das Gewohnheitsrecht einzuhalten; wenn sie jedoch ein völkerrechtswidriges Gesetz erlasse, so müsse dieses beachtet werden, wobei die übrigen Staaten gegebenenfalls Sanktionen ergreifen dürften: *“The common law of England, from which our own is derived, fully recognizes the principles of the law of the nations, and applies them in all cases falling under its jurisdiction, where the nature of the subject requires it. Even the Legislature cannot rightfully control them, but if it passes any law on such subjects, is bound by the dictates of moral duty to the rest of the world, in no instance to transgress them, although if it in fact does so, it is entitled to actual obedience within the sphere of its authority. In whatever manner the law of nations is violated, it is a matter of national, and no personal complaint. The nation injured, whether the injury be in fact committed by any branch of the government, or by any individual, is to apply to that nation from whose government the injury proceeds, or in*

⁸⁹³ s. z.B. *Fernandez v. Wilkinson*, 505 F. Supp. 787 (1980) und *In re Alien Children Education Litigation*, 501 F. Supp. 544 (1980)

⁸⁹⁴ *Siderman v. Republic of Argentina*, International Practitioner’s Notebook, Juli 1985, S. 1; SHAW, S. 116

⁸⁹⁵ 517 F. Supp. 542 (1980), 726 F. 2d 774 (1984), 53 USLW 3612 (1985); SHAW, S. 116-117, m. w. Hinw.

⁸⁹⁶ 34 ILM 1592 (1995)

⁸⁹⁷ *Schroeder v. Bissell*, 5 F. 2d 838, S. 842 (1925); *Tag v. Rogers*, 362 US 904 (1960); *Committee of U. S. Citizens living in Nicaragua v. Reagan*, 859 F. 2d 929, S. 939 (1988); AJIL 83 (1989), S. 380; Third Restatement of Foreign Relations Law of the United States, St. Paul 1987, Par. 115; HENKIN, *US*, S. 426; HENKIN, *Politics*, S. 69; SHAW, S. 115

which it is committed; and if due redress is not given, it is a cause of reprisals, and under some circumstances may even justify war.”⁸⁹⁸

Der *Supreme Court* folgt dieser Linie. So entschied er, die in einem Gesetz festgehaltene Pflicht, Steuern zu bezahlen, könne nicht verweigert werden, selbst wenn der Staat einen Teil davon für völkerrechtswidrige Handlungen einsetze (*in casu* den Vietnamkrieg)⁸⁹⁹. Und in *Committee of U. S. Citizens living in Nicaragua v. Reagan* hielt er fest, “(...) *the law in this court remains clear: no enactment of Congress can be challenged on the ground that it violates customary international law*”⁹⁰⁰.

251. *Völkerrechtskonforme Auslegung. The Charming Betsy.*- Die amerikanischen Gerichte legen ein Gesetz wenn immer möglich völkerrechtskonform aus. Diese Praxis geht massgeblich auf CHIEF JUSTICE MARSHALL zurück, der in dem berühmten Entscheid *Murray v. The Charming Betsy* aus dem Jahr 1804 festhielt: “*It has also been observed, that an act of congress ought never to be construed to violate the law of nations, if any other possible construction remains, and consequently, can never be construed to violate neutral rights, and to affect neutral commerce, further than is warranted by the law of nations as understood in this country.*”⁹⁰¹

252. *Fortsetzung. MacLeod v. United States.*- In diesem Entscheid von 1913 hat der *Supreme Court* durch JUSTICE DAY die Gründe der völkerrechtskonformen Auslegung näher erläutert. Amerikanische Beamte in Manila hatten auf Reis, den William Stewart MacLeod im Januar 1899 nach Cebu importiert hatte, Zölle erhoben. Cebu wurde von den USA beansprucht, war aber unter der Kontrolle einer De-facto-Rebellenregierung. Der *Supreme Court* verfügte die Rückerstattung der erhobenen Zölle, da diese völkerrechtswidrig seien. Eine Besetzung berechtige nur dann zur Ausübung der Regierungsgewalt und damit zur Erhebung von Zöllen, wenn es sich dabei nicht nur um eine Invasion handle, sondern auch um den effektiven Besitz des feindlichen Landes. Er legte das entsprechende amerikanische Gesetz völkerrechtskonform aus, da zu vermuten sei, dass sich Kongress und Regierung an das Völkerrecht hielten: “*The statute should be construed in the light of the purpose of the Government to act within*

⁸⁹⁸ JUSTICE IREDELL vor der *Grande Jury* in Philadelphia; in: G. J. MCREE, *Life and Correspondence of James Iredell*, New York 1857/1858, Bd. II, S. 423

⁸⁹⁹ *Farmer v. Rountree*, ILR 23 (1956)

⁹⁰⁰ 859 F. 2d 929, S. 939; AJIL 83 (1989), S. 380; vgl. auch z.B. *Tag v. Rogers*, 362 US 904 (1960): “*Whatever force appellant’s argument might have in a situation where there is no applicable treaty, statute or constitutional provision, it has long been settled in the United States that the federal courts are bound to recognize any one of these three sources of law as superior to canons of international law.*”

⁹⁰¹ 5 US (1 Cranch) 64, S. 118; das Argument fand schon 1801 MARSHALLS Gefallen in *Talbot v. Seeman*, 5 US (1 Cranch) 1, S. 43: “*Again it has been urged, and we think with great force, the Laws of the United States ought not, if it be avoidable, so to be construed as to infract the common principles and usages of nations, or the general doctrines of international law.*”

*the limitation of the principles of international law, the observance of which is so essential to the peace and harmony of nations, and it should not be assumed that Congress proposed to violate the obligations of this country to other nations, which it was the manifest purpose of the President to scrupulously observe and which were founded upon the principles of international law.”*⁹⁰²

253. *Grenzen der völkerrechtskonformen Auslegung. Cunard Steamship Company v. Mellon.*- Die Völkerrechtskonformität ist aber nur eine Vermutung, und die Gerichte zögern nicht, dem klaren Willen der Legislative zu folgen. In *Cunard Steamship Company, Ltd. et al. v. Mellon* (1923) war die Anwendbarkeit des XVIII. Amendments, des Prohibitionsgesetzes und der Weisungen des Schatzamts über die Beschlagnahmung alkoholischer Getränke an Bord von Schiffen bestritten, da es das Völkergewohnheitsrecht den Staaten nicht gestattet, in die internen Angelegenheiten ausländischer Boote einzugreifen. Richter VAN DEVANTER urteilte: *“The plaintiffs invite attention to date showing the antiquity of the practice of carrying intoxicating liquors for beverage purposes as part of a ship’s sea stores, the wide extent of the practice and its recognition in a congressional enactment, and argue therefrom that neither the Amendment nor the act can have been intended to disturb that practice. But in this they fail to recognize that the avowed and obvious purpose of both the amendment and the act was to put an end to prior practices respecting such liquors, even though the practices had the sanction of antiquity, generality and statutory recognition.”*⁹⁰³ Der Supreme Court hielt fest, dass internationales Gewohnheitsrecht von der Verfassung, dem Gesetz und seinen Ausführungsverordnungen geändert oder aufgehoben werden könne. Auch in *Schroeder v. Bissell* (1925) entschied das Gericht, die Konformität des Landesrechts mit dem Völkergewohnheitsrecht sei zu vermuten, es sei denn, die Legislative verstosse absichtlich dagegen: *“(U)nless it unmistakably appears that a congressional act was intended to be in disregard of a principle of international comity, the presumption is that it was intended to be in conformity with it”*⁹⁰⁴. CHIEF JUSTICE TANEY hatte die selbe Überlegung in *Scott v. Sandford* (1857) angestellt und erklärt, *„there is no law of nations standing between the people of the United States and their Government, and interfering with their relation to each other.”*⁹⁰⁵

254. *„American Lead“.* *La Scotia.*- GOULD bemerkt, dass Entscheide, welche dem absichtlich völkerrechtswidrigen Gesetz Vorrang vor dem internationalen Gewohnheits-

⁹⁰² 229 US 416, S. 434

⁹⁰³ 262 US 100, S. 129

⁹⁰⁴ 5 F. 2d 838, S. 842; Third Restatement of Foreign Relations Law of the United States, St. Paul 1987, Par. 114-115

⁹⁰⁵ 60 US (19 How.) 393, S. 451

recht einräumen, nicht zwingend gegen Völkerrecht verstießen, da sich das Gewohnheitsrecht in einer ständigen Entwicklung befinde und sich unter dem Einfluss der Staatenpraxis ändern könne (vgl. n° 15) ⁹⁰⁶. Wenn eine neue Praxis von einer genügenden Zahl von Staaten befolgt wird, ändert sich das bestehende Gewohnheitsrecht. Diese Situation ergab sich im Entscheid *La Scotia* (1871) ⁹⁰⁷, wo der Eigentümer eines amerikanischen Schiffs, das nicht den Vorschriften der USA und etwa dreissig weiterer Staaten gemäss beleuchtet war, sich vergeblich auf bestehendes Völkergewohnheitsrecht berief und für eine Kollision haftbar gemacht wurde: Richter STRONG entschied, die USA gehörten zu den etwa dreissig seefahrenden Nationen, deren die Seefahrt betreffende Gesetze zu einer Änderung der gewohnheitsrechtlichen Norm beigetragen hätten.

b) Völkerrechtliche Verträge

255. *Geschichtliche Grundlagen. Das Ende der Kolonialzeit.*- Mit der Unabhängigkeitserklärung vom 4. Juli 1776 wurde jede der dreizehn Kolonien zu einem eigenen Staat. Der Kontinentalkongress, nun Kongress genannt, war das gemeinsame Organ dieser neuen Staaten. Er war eine diplomatische Konferenz ohne eigene Kompetenzen, der nur Empfehlungen abgeben konnte; die Beschlüsse wurden einstimmig gefasst. Der Kongress war mit den internationalen Beziehungen betraut ⁹⁰⁸.

256. *Fortsetzung. Der Staatenbund.*- 1781 traten die *Articles of Confederation* in Kraft, nachdem alle Staaten diesen völkerrechtlichen Vertrag ratifiziert hatten. Damit entstand ein Staatenbund, der den Namen *United States of America* trug. Der Kongress wurde zu einer Delegiertenkonferenz, an der Entscheide in der Regel einstimmig gefasst wurden. Der Kongress erhielt die alleinige Kompetenz, Botschafter zu entsenden und völkerrechtliche Verträge abzuschliessen ⁹⁰⁹. Die Anwendung der Verträge blieb aber in der Zuständigkeit der einzelnen Staaten und hing damit von

⁹⁰⁶ GOULD, S. 360; vgl. HENKIN, *US*, S. 430

⁹⁰⁷ 81 US (14 Wall.) 170

⁹⁰⁸ RUSSOTTO, S. 17

⁹⁰⁹ Art. 9: “*The United States in Congress assembled shall have the sole and exclusive right and power of determining peace and war, except in the case mentioned in the sixth article, of sending and receiving ambassadors, entering into treaties and alliances, providing that no treaty shall be made whereby the legislative power of the respective State shall be restrained from imposing such imposts and duties on foreigners as their own people are subject to, or from prohibiting the importation or exportation of any species of goods or commodities whatsoever (...)*“. Art. 6 bestimmte: “*No State, without the consent of the United States in Congress assembled, shall send any embassy to, or receive any embassy from, or enter into any conference, agreement or alliance, or treaty with, any king, prince or state (...)*“ (zitiert in RUSSOTTO, S. 17-18). S. auch *Ware v. Hylton*, 3 US (3 Dall.) 199 (1796), S. 231

deren guten Willen ab. Die Unfähigkeit des Kongresses, die Anwendung völkerrechtlicher Abkommen zu garantieren – nämlich das Unvermögen, den Friedensvertrag mit dem Vereinigten Königreich vom 3. September 1783 zu erfüllen, der insbesondere die Rückgabe von Grundstücken an ihre englischen Eigentümerinnen und Eigentümer vorsah – war eine der Hauptgründe, die die Delegierten der Mitgliedstaaten dazu antrieb, eine neue Verfassung zu schaffen ⁹¹⁰.

257. *Fortsetzung. Der Bundesstaat.*- Ein von den Parlamenten der einzelnen Staaten gewählter Verfassungskonvent mit 55 Delegierten tagte ab dem 25. Mai 1787 unter dem Vorsitz von GEORGE WASHINGTON in Philadelphia. Diese ziemlich chaotische Versammlung verabschiedete am 17. November 1787 einen Verfassungsentwurf. Nach heftigen Auseinandersetzungen zwischen Föderalisten und Partikularisten wurde er, ausser von North Carolina und Rhode Island, schnell von allen Staaten ratifiziert, so dass die Verfassung auf den 4. März 1789 in Kraft gesetzt wurde ⁹¹¹. Art. VI Sekt. 2 bestimmt:

This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.

Die völkerrechtlichen Verträge sind auf Grund dieser Bestimmung ranggleich mit den Bundesgesetzen. Sie gehen den Verfassungen und Gesetzen der Gliedstaaten vor (*infra*, n° 265-266). Der Zweck dieser Bestimmung war es, die Beachtung der Verträge in den Gliedstaaten zu sichern (n° 256) ⁹¹². Ebenso wurde mit Art. 1 Sekt. 10 Ziff. 1 und 3 Cst. eine Bestimmung geschaffen, welche die auswärtigen Angelegenheiten praktisch zur alleinigen Zuständigkeit des Bundesstaates machte. Die Gliedstaaten können nur unbedeutende grenznachbarliche Vereinbarungen abschliessen (s. *infra*, n° 272-274).

258. *Treaties und executive agreements.*- Neben den *treaties*, die des *advice and consent* des Senats bedürfen (*infra*, n° 282-283), nehmen in der amerikanischen Praxis die *executive agreements* einen wichtigen Platz ein, welche der vorherigen Beratung und Zustimmung des Senats nicht bedürfen. Die *executive agreements* haben oft den

⁹¹⁰ RUSSOTTO, S. 17-20; WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 195

⁹¹¹ JAMES MADISON, ALEXANDER HAMILTON und JOHN JAY hatten von Oktober 1787 bis August 1788 unter dem Pseudonym „Publius“ in drei Zeitungen New Yorks unter dem Titel „*The Federalist*“ insgesamt 85 Artikel publiziert, um die Wählenden von den Vorteilen der neuen Verfassung zu überzeugen; wahrscheinlich hatte kein anderer rechtsphilosophischer Text so viel Einfluss auf die Wirklichkeit, insbesondere in der Schweiz. Vgl. PAUL WIDMER, *Die „Federalists“ und die Schweiz. Zur deutschen Ausgabe der „Federalist Papers“*, in NZZ Nr. 36 vom 13. Februar 1995, S. 19; AUER, S. 7

⁹¹² vgl. CASSESE, S. 352-353; KELLER, S. 232

selben Gegenstand wie *treaties* ⁹¹³. Sie sind aus der Regierungspraxis heraus entstanden und der von den USA bei weitem am häufigsten abgeschlossene völkerrechtliche Vertragstyp ⁹¹⁴.

Man kann vier verschiedene Arten von *executive agreements* unterscheiden: solche, welche die Präsidentin bzw. der Präsident auf Grund gesetzlicher Ermächtigung abschliesst, zu denen sie bzw. er also zum Voraus vom Kongress – nicht nur vom Senat – ermächtigt ist; dann diejenigen, welche die Präsidentin bzw. der Präsident aushandelt, und für die danach der Kongress mittels Gesetz die Ermächtigung zur Ratifikation erteilt; weiter *presidential executive agreements*, welche die Präsidentin bzw. der Präsident ohne Beteiligung des Kongresses unmittelbar gestützt auf eine verfassungsmässige Kompetenz abschliesst; und schliesslich jene Exekutivabkommen, zu deren Abschluss die Präsidentin bzw. der Präsident auf Grund eines *treaty* berechtigt ist ⁹¹⁵.

Executive agreements und *treaties* sind in der internationalen wie in der internen Rechtsordnung gleichwertig ⁹¹⁶; umstritten ist einzig, ob *presidential executive agreements* früheren Bundesgesetzen vorgehen (vgl. n° 296) ⁹¹⁷. Unter diesem Vorbehalt gelten also die folgenden Ausführungen für alle fünf Vertragstypen.

259. *Voraussetzungen für die innerstaatliche Geltung: der Vertrag muss self-executing sein ...*- Im Unterschied zum Vereinigten Königreich (n° 211) gilt der Grundsatz „*international law is the law of the land*“ in den USA gemäss Art. VI Sekt. 2 Cst. (zit. in n° 257) auch für Verträge, da die Präsidentin bzw. der Präsident diese erst nach Zustimmung des Senats mit einer Zwei-Drittels-Mehrheit ratifizieren darf oder – im Falle der *executive agreements* – wenn sie bzw. er hierzu auf Grund der Verfassung, eines Gesetzes oder eines – vom Senat genehmigten – *treaty* ermächtigt ist (n° 241) ⁹¹⁸. Einmal ratifiziert, hat der Vertrag unmittelbare landesrechtliche Geltung. Nach amerikanischer Auffassung haben die USA in Bezug auf Verträge ein „gemischtes oder teilweise dualistisches System“ (JACKSON): Nur Self-executing-Verträge erlangen danach landesrechtliche Geltung, da nicht direkt anwendbare Abkommen durch ein Gesetz präzisiert werden müssen, um innerstaatliche Anwendung zu finden. Im Gegensatz zur hierzulande üblichen Auffassung unterscheiden die amerikanischen

⁹¹³ NOWAK/ROTUNDA, S. 222, m. w. Hinw.

⁹¹⁴ 1983 waren die USA Vertragspartei von 966 *treaties* und 6571 *executive agreements*; JACKSON, S. 142; RIESENFELD/ABBOTT, S. 302

⁹¹⁵ JACKSON, S. 143-144; WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 110-111

⁹¹⁶ s. *Altman v. U. S.*, 224 US 583 (1912), S. 601; *U. S. v. Belmont*, 301 US 324 (1937), S. 330-331; *U. S. v. Pink*, 315 US 203 (1942), S. 230; RUSSOTTO, S. 36-38

⁹¹⁷ vgl., jeweils m. w. Hinw., JACKSON, S. 162-164; BARRON/DIENES, S. 138; AUER, S. 61; GOULD, S. 388-390 u. S. 392; WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 198-199; bejahend NOWAK/ROTUNDA, S. 227; *contra* SCHWARTZ, S. 190 und CARREAU, Nr. 288

⁹¹⁸ *Foster v. Neilson*, 27 US (2 Pet.) 253 (1829)

Richterinnen und Richter und Rechtsgelehrten also nicht zwischen Geltung und Anwendbarkeit der völkerrechtlichen Norm (vgl. für gleichartige Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts n° 387) ⁹¹⁹. Der amerikanische Standpunkt ist insofern gerechtfertigt, als sich der Kongress nicht juristisch verpflichtet fühlt, Ausführungsgesetze zu erlassen und die Gerichte nicht an seiner statt tätig werden können; zudem nimmt der Senat und auch der Kongress das Recht in Anspruch, seine Zustimmung zur Ratifikation mit dem Vorbehalt zu verbinden, der Vertrag sei nicht *self-executing* (s. *infra*, n° 283 u. 286). Dagegen ist die Publikation des Vertrags keine Bedingung für dessen innerstaatliche Geltung ⁹²⁰.

260. ... und verfassungskonform. *Reid v. Covert*.- Art. VI Sekt. 2 Cst. wurde teilweise so verstanden, dass der völkerrechtliche Vertrag mit der Verfassung gleichrangig sei. Ein gültig abgeschlossener Vertrag unterläge also keinen verfassungsmässigen Schranken. So sagte JUSTICE HOLMES 1920 in *Missouri v. Holland*: “*Acts of Congress are the supreme law of the land only when made in pursuance of the Constitution, while treaties are declared to be so when made under the authority of the United States. It is open to question whether the authority of the United States means more than the formal acts prescribed to make the convention.*” ⁹²¹. In *Geofroy v. Riggs* (1890) hatte JUSTICE FIELD diese These allerdings zurückgewiesen: “*That the treaty power of the United States extends to all proper subjects of negotiation between our government and the government of other nations, is clear. (...) The treaty power, as expressed in the Constitution, is in terms unlimited except by those restraints which are found in that instrument against the action of the government or of its departments. (...) It would not be contended that it extends so far as to authorize what the Constitution forbids, or a change in the character of the government or in that one of the States, or a cession of any portion of the territory of the latter, without its consent. (...) But with these exceptions, it is not perceived that there is any limit to the questions which can be adjusted touching any matter which is properly the subject of negotiation with a foreign country.*” ⁹²² Und JUSTICE BLACK festigte nach Ansicht der Lehre im Entscheid *Reid v. Covert* von 1957 endgültig die Praxis, wonach ein internationales Abkommen nur dann landesrechtliche Geltung erlangt, wenn es nicht gegen die Verfassung verstösst ⁹²³: Die Amerikanerin Claris Covert hatte ihren Ehemann getötet, der als amerikanischer

⁹¹⁹ *ibid.*, S. 314; Third Restatement of Foreign Relations Law of the United States, St. Paul 1987, Par. 111, S. 43-44; JACKSON, S. 141; SHAW, S. 118; RUSSOTTO, S. 178-180 sowie S. 29 u. 45-48

⁹²⁰ GOULD, S. 305-307; RUSSOTTO, S. 25-28

⁹²¹ *Missouri v. Holland*, 252 US 416 (1920), S. 433 – SCHWARTZ, S. 102-104; NOWAK/ROTUNDA, S. 216-217; WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 357-358

⁹²² 133 US 258 (1890), S. 266-267. – Vgl. WILDHABER, *ibid.*, S. 358-366, m. w. Hinw.

⁹²³ 354 US 1 (1957); O’CONNELL, S. 69; GEORG DAHM, *Völkerrecht*, Bd. I, neue Ausgabe bearbeitet von Jost Delbrück und Rüdiger Wolfram, 2. Aufl., Berlin 1989, S. 111; CARREAU, Nr. 136; NOWAK/ROTUNDA, S. 217; HENKIN, *Politics*, S. 69

Offizier im Vereinigten Königreich stationiert war. Auf Grund eines britisch-amerikanischen Abkommens war ein amerikanisches Kriegsgericht zuständig, das sie im Vereinigten Königreich verurteilte. Gegen diesen Entscheid legte sie Rekurs beim amerikanischen *Supreme Court* ein und machte geltend, das Verfahren sei rechtswidrig gewesen, da die *Bill of Rights* ihr als Zivilperson das Recht auf ein Urteil eines amerikanischen Zivilgerichts garantiere. Das britisch-amerikanische Abkommen sei deshalb verfassungswidrig. Der *Supreme Court* gab ihr Recht. JUSTICE BLACK erläuterte: “(N)o agreement with a foreign nation can confer power on the Congress, or on any other branch of Government, which is free from the restraints of the Constitution. (...) The prohibitions of the Constitution were designed to apply to all branches of the National Government and they cannot be nullified by the Executive or the Executive and the Senate combined. (...) This Court has regularly and uniformly recognized the supremacy of the Constitution over a treaty.”⁹²⁴ Die Verfassung beschränkt also die *treaty-making power* von Präsidenz und Senat. Das Gericht gab zu bedenken, dass sonst die Verfassung unter Umgehung des hierzu vorgeschriebenen Verfahrens geändert werden könnte.

Wie erwähnt folgert die Lehre aus dem Entscheid *Reid v. Covert*, ein völkerrechtlicher Vertrag müsse verfassungskonform sein, um landesrechtliche Geltung zu erlangen, auch wenn man einwenden möchte, dass dieser Entscheid als Beleg hierfür nicht wirklich überzeugend ist, da durch die Nichtanwendung des Abkommens britische Interessen nicht berührt wurden: Letztlich ging es um eine inneramerikanische Angelegenheit, und es waren keine diplomatischen Schwierigkeiten in der Folge dieses Urteils zu befürchten⁹²⁵.

261. *Anwendung. Foster v. Neilson.*- Da in den USA zwischen der Geltung und der Anwendung eines Abkommens nicht unterschieden wird (n° 259), bestimmt dessen Self-executing-Qualität zugleich Geltung und Anwendbarkeit vor den amerikanischen Gerichten. Die Self-executing-Theorie, die einen grossen Widerhall in Europa fand, geht auf den Entscheid *Foster v. Neilson* (1829) zurück⁹²⁶, in dem CHIEF JUSTICE MARSHALL zwischen Verträgen unterscheidet, die genügend präzise Regeln enthalten, um vom Gericht angewandt werden zu können, und solchen, die sich an die politischen Instanzen wenden, die sie umsetzen müssen: “*Our Constitution declares a treaty to be the law of the land. It is, consequently, to be regarded in courts of justice as equivalent to an Act of Legislature, whenever it operates of itself without the aid of any legislative provision. But when the terms of the stipulation import a contract, when either of the*

⁹²⁴ 354 US 1 (1957), S. 16

⁹²⁵ vgl. WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 366 u. S. 374

⁹²⁶ *Foster v. Neilson*, 27 US (2 Pet.) 253 (1829); vgl. RUSSOTTO, S. 45; BUCHS, S. 80-82; RIESENFELD/ABBOTT, S. 265

parties engages to perform a particular act, the treaty addresses itself to the political, not the judicial, department; and the legislature must execute the contract before it can become a rule of law." ⁹²⁷

262. *Fortsetzung. Head Money Cases.*- Die Unterscheidung wurde 1884 in den *Head Money Cases* ⁹²⁸ präzisiert, wo JUSTICE MILLER ausführte: "*A treaty (...) is a law of the land as an Act of Congress is, whenever its provisions prescribe a rule by which the rights of the private citizen or subject may be determined. And when such rights are of a nature to be enforced in a court of justice, that court resorts to the treaty for a rule of decision for the case before it, as it would to a statute.*" ⁹²⁹

263. *Fortsetzung. Sei Fujii v. California.*- Wie kann man nun feststellen, ob vertragliche Bestimmungen den Einzelnen Rechte und Pflichten bringen, die dieser vor Gericht durchsetzen kann, oder ob sie durch die Legislative konkretisiert werden müssen? Bei der Entscheidung dieser Frage ist die (horizontale) Gewaltenteilung zu respektieren: Wenn die praktische Anwendung einer völkervertraglichen Regel politische Probleme aufwirft, wie z.B. die Bestimmung der Höhe eines Zolltarifs, oder den Erwerb oder Verlust eines Gebiets, dann überlassen die Gerichte die Lösung dem Parlament oder der Präsidentin bzw. dem Präsidenten (vgl. n° 267) ⁹³⁰. Daneben ist der Wille der Vertragsparteien das entscheidende Kriterium ⁹³¹.

Der grundlegende Entscheid hierzu, der das Self-executing-Konzept weiter entwickelte (und den Begriff erstmals erwähnte ⁹³²), ist *Sei Fujii v. California* (1952) ⁹³³. Der japanische Staatsbürger Fujii hatte 1948 in Kalifornien Land erworben und machte geltend, das kalifornische Gesetz, wonach von nicht einbürgerbaren ausländischen Staatsangehörigen – wie eben Japanern – erworbenes Land ins Eigentum des Gliedstaates falle, verstosse gegen Amendment XIV der Verfassung sowie die Art. 55 und 66 der UNO-Charta, welche die UNO-Mitglieder zum Schutz der Menschenrechte ungeachtet der Rasse verpflichten. Während das Distriktsgeschicht die Klage gestützt auf die UNO-Charta schützte, hiess der kalifornische Oberste Gerichtshof die Klage auf Grund der *Equal Protection Clause* des XIV. Amendments gut. Die UNO-Charta

⁹²⁷ 27 US (2 Pet.) 253, S. 314. – Marshall hatte die Grundlage dieser Unterscheidung in *U. S. v. The Schooner Peggy* gelegt, einem Entscheid aus dem Jahre 1801 (5 US [1 Cranch] 103, S. 110): "*(W)here a treaty is the law of the land, and as such affects the rights of parties litigating in court, that treaty as much binds those rights and is as much to be regarded by the court as an act of congress (...).*"

⁹²⁸ *Head Money Cases: Edye v. Robertson*, 112 US 580; HARRIS, S. 75

⁹²⁹ 112 US 580, S. 598; HARRIS, S. 76

⁹³⁰ *Federal Republic of Germany v. Elicofon* (1970-73), ILR 61, S. 487 u. 497-498; O'CONNELL, S. 70; SHAW, S. 118; BUCHS, S. 82-84, 104-105

⁹³¹ JACKSON, S. 151; BUCHS, S. 92-94, 101-104

⁹³² RUSSOTTO, S. 139

⁹³³ 19 ILR 312 (1952), HARRIS, S. 76-77

erklärte er dagegen als nicht direkt anwendbar, da sich aus der Präambel und den Art. 1 sowie 55 und 56 der Charta ergebe, dass die Vertragsparteien allgemeine Grundsätze und Ziele festgelegt hätten, die auf dem Wege der Gesetzgebung zu präzisieren seien, es hingegen nicht ihre Absicht gewesen sei, die Bestimmungen der Charta justiziabel auszugestalten. CHIEF JUSTICE GIBSON führte aus: *“A treaty (...) does not automatically supersede local laws which are inconsistent with it unless the treaty provisions are self-executing. (...) In determining whether a treaty is self-executing courts look to the intent of the signatory parties as manifested by the language of the instrument, and if the instrument is uncertain, recourse may be had to the circumstances surrounding its execution. (...) In order for a treaty provision to be operative without the aid of implementing legislation and to have the force and effect of a statute, it must appear that the formers of the treaty intended to prescribe a rule that, standing alone, would be enforceable in the courts.”*

Den Willen der Vertragsparteien ermitteln die Gerichte zwar grundsätzlich unabhängig von der Haltung der für das Auswärtige zuständigen amerikanischen Regierung, doch kommt dieser in der Praxis das entscheidende Gewicht zu ⁹³⁴.

Weitere Kriterien zur Bestimmung der direkten Anwendbarkeit eines völkerrechtlichen Vertrages sind das Vorhandensein von internen Verfahren und Institutionen zur direkten Ausführung des Vertrags, die Möglichkeit anderer Ausführungsmechanismen, die sozialen Folgen, der Wortlaut und Ziel des Vertrages, die Umstände seiner Durchführung, die Art der Verpflichtungen, die Folgen eines individuellen Klagerechts, und die Fähigkeit der Judikative, den Streit zu klären ⁹³⁵.

264. *Rang. Verträge und Bundesrecht.*- Verfassungswidrige Verträge und solche, die nicht *self-executing* sind, haben keine landesrechtliche Geltung (n° 259-260). Direkt anwendbare Verträge genießen den selben Rang wie die Bundesgesetze (Art. VI Abs. 2 Cst.; zit. in n° 257), ebenso vom Kongress erlassene Ausführungsbestimmungen zu Executory-Verträgen ⁹³⁶. Im Konfliktfall geht somit die speziellere oder die spätere Regel vor: *“The duty of courts is to construe and give effect to the latest expression of the sovereign will.”* ⁹³⁷ Wie die Bundesgesetze gehen die völkerrechtlichen Verträge dem *common law* vor. Zuvor ist allerdings zu versuchen, den Konflikt auf dem Wege der völkerrechtskonformen Auslegung zu beseitigen, s. *infra*, n° 268.

⁹³⁴ BUCHS, S. 93-94

⁹³⁵ *Frolova v. U. S.S.R.*, 761 F. 2d 370 (7th Cir. 1985). – S. zum Ganzen JACKSON, S. 151; BUCHS, S. 55-60, 80-85, 85-89, 92-94, 98-100; vgl. auch WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 199-202.

⁹³⁶ RUSSOTTO, S. 32; WILDHABER, *ibid.*, S. 195-196

⁹³⁷ *The La Ninfa*, 75 F. 513 (1896); s. auch *The Cherokee Tobacco*, 78 US (11 Wall.) 616 (1871); *Head Money Cases: Edye v. Robertson*, 112 US 580 (1884); *The Chinese Exclusion Case*, 130 US 581 (1899); *Cook v. United States*, 288 US 102 (1933); NOWAK/ROTUNDA, S. 221; AUER, S. 60; vgl. KELLER, S. 233-234

265. *Fortsetzung. Verträge und Gliedstaatenrecht.*- Auf Grund der Kompetenzteilung zwischen Bund und Gliedstaaten gehen internationale Abkommen den Verfassungen und Gesetzen der Gliedstaaten vor (Art. VI Abs. 2 Cst.)⁹³⁸. Vertragswidrige Erlasse der Gliedstaaten sind nicht nichtig, sondern nicht anwendbar, solange der Vertrag in Kraft ist⁹³⁹.

266. *Fortsetzung. Missouri v. Holland.*- Ein internationales Abkommen geht dem Recht der Gliedstaaten vor, selbst wenn es in deren Kompetenzbereich einbricht. Der *Supreme Court* hatte so schon 1796 entschieden⁹⁴⁰. Unter CHIEF JUSTICE TANEY ergingen dann zwar Entscheide, in denen erklärt wurde, die *Treaty-Making Power* werde durch die Kompetenzen der Gliedstaaten eingeschränkt⁹⁴¹, doch blieb dies ein Intermezzo, das 1876 beendet wurde⁹⁴². Der Leitentscheid zur Illustration der vom X. Amendment unbeschränkten Vertragsgewalt des Bundes ist dabei *Missouri v. Holland* (1920)⁹⁴³. Der Kongress hatte 1913 ein Gesetz zum Schutze vom Aussterben bedrohter Wandervögel erlassen. Es wurde von verschiedenen Distriktsgerichten für ungültig erklärt, da die Verfassung dem Kongress keine Kompetenz hierzu gebe⁹⁴⁴. 1916 schlossen die USA ein Abkommen mit dem Vereinigten Königreich als Vertreter Kanadas ab, das den selben Inhalt wie das Gesetz von 1913 hatte, und erliessen gestützt auf den Vertrag ein Ausführungsgesetz. Der Staat Missouri machte daraufhin geltend, der Vertrag und das neue Gesetz verstießen gegen das X. Amendement, wonach nicht dem Bund delegierte Kompetenzen einzig den Gliedstaaten zustehen. JUSTICE HOLMES führte nun aber aus, dass der *Migratory Bird Treaty* und das Ausführungsgesetz gültig seien, da Art. II Sekt. 2 Ziff. 2 Cst. die Vertragsschlusskompetenz ausdrücklich an den Bund delegiere und auf Grund von Art. VI Sekt. 2 Cst. der Vertrag und die Ausführungsgesetze dem Gliedstaatenrecht vorgingen (vgl. n° 265). Das X. Amendement schränkt also die Vertragsschlusskompetenz des Bundes nicht ein. So kann der Bund auf dem Vertragsweg regeln, wozu er von Verfassungs wegen nicht zuständig wäre (wie in der Schweiz, s. n° 439, und in Deutschland, s. n° 117), und die zur Ausführung

⁹³⁸ *Ware v. Hylton*, 3 US (3 Dall.) 199 (1796); *Hauenstein v. Lynham*, 100 US 483 (1879)

⁹³⁹ *Ahrens v. Ahrens*, 123 N. W. 164 (Supreme Court Iowa 1909); *In Re Stixrud's Estate*, 109 P. 343, S. 344

⁹⁴⁰ *Ware v. Hylton*, 3 US (3 Dall.) 199 (1796); s. WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 324-329

⁹⁴¹ *New Orleans v. U. S.*, 35 US (10 Pet.) 662, S. 736 (1836); *Holmes v. Jennison*, 29 US (14 Pet.) 540, S. 569 (1840); *Licenses Cases*, 46 US (5 How.) 504, S. 613 (1847); *Passenger Cases*, 48 US (7 How.) 283, S. 425-426, 466, 507 (1849); *Prevost v. Greneaux*, 60 US (19 How.) 1, S. 7 (1856); *Frederickson v. Louisiana*, 64 US (23 How.) 445, S. 448 (1860)

⁹⁴² *U. S. v. Forty-Three Gallons of Whiskey*, 93 US 188, S. 197-198 (1876)

⁹⁴³ 252 US 416 (1920). Ebenso: *Hauenstein v. Lynham*, 100 US 483, S. 490 (1880); *Wildenhus's Case*, 120 US 1, S. 17 (1887); *Geofroy v. Riggs*, 133 US 258, S. 266-267 (1890); *Asakura v. Seattle*, 265 US 332, S. 341 (1924); *Nielsen v. Johnson*, 279 US 47, S. 52 (1929); *Santovincenzo v. Egan*, 284 US 30, S. 40 (1931)

⁹⁴⁴ *U. S. v. Shauver*, 214 F. 154 (E. D. Ark. 1914); *U. S. v. McCullagh*, 221 F. 288 (D. Kan. 1915)

nötigen Gesetze erlassen (anders aber in der Schweiz, n° 451, und in Deutschland, n° 121) ⁹⁴⁵. 16 Jahre später kam das Oberste Gericht im Entscheid *Curtiss-Wright* auf einem anderen Weg zum selben Ergebnis, indem es dort festhielt, dass die Gliedstaaten gar nie Träger von völkerrechtlichen Kompetenzen waren (s. *infra*, n° 273).

267. *Fortsetzung. Das Bricker Amendment.*- Der Entscheid rief Ängste vor einem „government by treaty“ wach: Die Präsidenz könnte alleine oder mit Unterstützung des Senats mittels internationalen Abkommen und Verträgen seine Macht beliebig ausdehnen. Diese Ängste waren noch verstärkt worden durch die Zunahme von *executive agreements*, eine Antipathie gegen multilaterale UNO-Abkommen, sowie den Sei-Fujii-Entscheid des kalifornischen Distriktsgerichts, das Bestimmungen der UNO-Charta direkt angewandt hatte (n° 263) ⁹⁴⁶. In den fünfziger Jahren schlug Senator BRICKER ein Amendment vor, wonach ein Vertrag nur mittels unabhängig vom Vertrag gültiger Gesetzgebung anwendbar sein sollte und *executive agreements* nicht an Stelle von *treaties* abzuschliessen seien ⁹⁴⁷. Gegner des *Bricker Amendments* machten geltend, es würde die aussenpolitische Handlungsfähigkeit schwächen und die Ängste seien unbegründet; in *Reid v. Covert* habe der *Supreme Court* ja die verfassungsmässigen Grenzen der Verträge anerkannt (n° 260). Der Kongress lehnte das Amendment schliesslich ab, da die Verfassung und die Rechtsprechung des Obersten Gerichts die bundesstaatliche Gewalt bereits genügend beschränke ⁹⁴⁸. Tatsächlich legen die amerikanischen Gerichte die Verträge wenn immer möglich so aus, dass sie nicht in den Kompetenzbereich der Gliedstaaten einbrechen und verlangen, dass die Absicht des Bundes, deren Zuständigkeit zu beschränken, im Vertrag klar zum Ausdruck kommt (n° 268) ⁹⁴⁹. Ausserdem vermeiden es die Bundesbehörden, mit Verträgen Kompetenzverschiebungen zu bewirken. Sie bemühen sich, die Aufnahme einer sogenannten Bundesklausel (*federal clause*) durchzusetzen, wonach der Vertrag im Kompetenzbereich der Gliedstaaten nur den Wert einer Empfehlung hat, oder bringen entsprechende Vorbehalte an ⁹⁵⁰.

⁹⁴⁵ SCHWARTZ, S. 103-104; NOWAK/ROTUNDA, S. 218-219; WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 327 u. S. 338

⁹⁴⁶ vgl. Hinweise bei SCHWARTZ, S. 103; WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 85-89; NOWAK/ROTUNDA, S. 219; Senator KNOWLAND wollte die Geltung von *Exekutive Agreements* von der Zustimmung des Kongresses abhängig machen (sogenanntes *George Amendment*); CARREAU, Nr. 288

⁹⁴⁷ s. J. Res. 1, 83d Cong., 1st Sess., 99 Cong. Rec. 6777 (1953); vgl. auch FISLER DAMROSCH, S. 207-208

⁹⁴⁸ NOWAK/ROTUNDA, S. 219, m. w. Hinw.

⁹⁴⁹ GEORG DAHM, *Völkerrecht*, Bd. I, neue Ausgabe bearbeitet von Jost Delbrück und Rüdiger Wolfram, 2. Aufl., Berlin 1989, S. 112, m. w. Hinw.

⁹⁵⁰ WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 342, 343-347; DAHM, *ibid.*; CARREAU, Nr. 277

268. *Die Auslegung.*- Wie beim Gewohnheitsrecht (n° 251-253) auch, versuchen die Gerichte die vertraglichen und internen Normen harmonisierend auszulegen und vermuten die Vertragskonformität des Bundesgesetzes: *“When the two relate to the same subject, the courts will always endeavour to construe them so as to give effect to both, if that can be done without violating the language of either; but if the two are inconsistent, the one last in date will control the other, provided always that the stipulation of the treaty is self-executing.”*⁹⁵¹ Ein Vertrag *„will not be deemed to have been abrogated or modified by a later statute unless such purpose on the part of Congress has been clearly expressed”*⁹⁵². So erkannte das Distriktsgericht von New York 1988 in *United States v. P.L.O.*⁹⁵³, dass der *Anti-Terrorism Act*, mit dem der Kongress alle PLO-Büros in den USA schliessen wollte, die PLO-Mission bei der UNO nicht umfasse, da dies gegen das *Headquarter Agreement* verstossen würde, das die USA mit der UNO abgeschlossen hatten und es nicht erwiesen sei, dass die Legislative klarerweise gegen dieses Abkommen verstossen wollte.

269. *Ausmass der richterlichen Kognition. Political questions.*- Politische Fragen werden von den amerikanischen Gerichten nicht beurteilt. Eine Frage *„is properly deemed political when its resolution is committed by the Constitution to a branch of the Federal Government other than this Court”*⁹⁵⁴. Die Political-Question-Doktrin hat im Bereich der Aussenpolitik die grösste Bedeutung. In vielerlei Hinsicht zielt sie darauf ab, die politische Unabhängigkeit in den auswärtigen Angelegenheiten zu erhalten⁹⁵⁵. Die Führung der Aussenpolitik hängt ab von *„considerations of policy, considerations of extreme magnitude, and certainly, entirely incompetent to the examination and decision of a Court of Justice”*⁹⁵⁶. Die Gerichte sind nicht dazu berufen, aussenpolitischen Entscheide zu treffen, denn dies ist Aufgabe der politischen Behörden. Zudem fehlen ihnen die dazu nötigen Informationen. Deren Geheimhaltung hat der *Supreme Court* in *Chicago and Southern Air Lines, Inc. v. Waterman Steamship Corp.*, einem Entscheid von 1948, gutgeheissen⁹⁵⁷: *“The President, both as Commander-in-Chief and as the Nation’s organ for foreign affairs, has available intelligence services whose reports are not and ought not to be published to the world. It would be intolerable that courts, without the relevant information, should review and perhaps nullify actions of*

⁹⁵¹ *De Lima v. Bidwell*, 182 US 1 (1901); s. auch *U. S. v. P.L.O.*, 695 F. Supp. 1456 (1988), 27 ILM 1055 (1988); *Whitney v. Robertson*, 124 US 190 (1888), S. 194; RUSSOTTO, S. 32; JACKSON, S. 160; SHAW, S. 120

⁹⁵² *Cook v. U. S.*, 288 US 102, S. 120 (1933); vgl. JACKSON, S. 164-169

⁹⁵³ *U. S. v. P.L.O.*, 695 F. Supp. 1456 (1988), 27 ILM 1055 (1988)

⁹⁵⁴ *Elrod v. Burns*, 427 US 347, S. 351 (1976)

⁹⁵⁵ SCHWARTZ, S. 41

⁹⁵⁶ *Ware v. Hylton*, 3 US (3 Dall.) 199, S. 260 (1796); vgl. HENKIN, *US*, S. 430

⁹⁵⁷ 333 US 103

the Executive taken on information properly held secret. (T)he very nature of executive decisions as to foreign policy is political, not judicial."⁹⁵⁸ Ausserdem wäre es untolerierbar, wenn der Bund nicht mit einer Stimme sprechen würde; dass z.B. ein Gericht im Gegensatz zur Regierung eine ausländische Regierung anerkennt⁹⁵⁹. JUSTICE BRENNAN brachte dies 1962 in *Baker v. Carr* auf den Punkt: "*Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department (...) or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question.*"⁹⁶⁰

270. *Fortsetzung. Acts of State.*- Das Gegenstück der Political-Question-Doktrin ist die Act-of-State-Lehre, wonach Gerichte die Gültigkeit der Akte ausländischer Staaten, die diese *iure imperii* auf eigenem Territorium vorgenommen haben, nicht überprüfen dürfen⁹⁶¹. Die Act-of-State-Lehre geht zurück auf den Entscheid des *Supreme Court* in der Sache *Banco Nacional De Cuba v. Sabbatino* aus dem Jahr 1964, mit dem dieser die Entscheidung vorinstanzlicher Gerichte korrigierte, die kubanische Enteignungen für völkerrechtswidrig erklärt und kubanische Forderungen, welche auf das verstaatlichte Eigentum gestützt wurden, abgewiesen hatten⁹⁶². Die Act-of-State-Doktrin „*in its traditional formulation precludes the courts of this country from inquiring into the validity of the public acts a recognized foreign sovereign power committed in its own territory*“⁹⁶³. Es handelt sich um eine Selbstbeschränkung der Judikative, um die Exekutive aussenpolitisch nicht in Verlegenheit zu bringen. Die Act-of-State-Doktrin „*arises out of the basic relationships between branches of government in a system of separation of powers.*“⁹⁶⁴ Sie hat den Rang von *federal common law*. Der Kongress kann somit auf dem Gesetzesweg verlangen, dass die Gerichte *Acts of State* überprüfen. Von dieser Möglichkeit machte er kurz nach dem Sabbatino-Entscheid Gebrauch, indem er das *Second Hickenlooper Amendment* erliess. Dieses verpflichtet die Gerichte zur Überprüfung der Völkerrechtskonformität von *acts of state*, es sei denn, die Präsidentin bzw. der Präsident wersetze sich dem auf Grund der diplomatischen Interessen der USA⁹⁶⁵.

⁹⁵⁸ *ibid.*, S. 111; vgl. auch n° 279.

⁹⁵⁹ *Williams v. Suffolk Ins. Co.*, 38 US (13 Pet.) 415, S. 420 (1839); *Baker v. Carr*, 369 US 186, S. 217 (1962)

⁹⁶⁰ *Baker v. Carr*, *ibid.*

⁹⁶¹ vgl. BENEDETTO CONFORTI, *Diritto internazionale*, 4. Aufl., Neapel 1992, S. 226-227; HENKIN, S. 74-75; SHAW, S. 133-134

⁹⁶² 376 US 398; AJIL 1964, S. 779.; NOWAK/ROTUNDA, S. 214-215; CARREAU, Nr. 1488

⁹⁶³ 376 US 398, S. 401

⁹⁶⁴ *ibid.*, S. 423

⁹⁶⁵ CARREAU, Nr. 1490-1491; NOWAK/ROTUNDA, S. 215; CONFORTI (Fn. 961), S. 227

2. Die Kompetenzverteilung in völkerrechtlichen Angelegenheiten

271. *Dominanz der Präsidentin bzw. des Präsidenten, zentralisierende Zurückhaltung des Supreme Court.*- Die aussenpolitische Führung liegt in den USA bei der Präsidentin bzw. dem Präsidenten. Ihre bzw. seine Kompetenzen sind aber in der Verfassung von denjenigen des Kongresses nicht genau geschieden, was Ursache dauernder Spannungen ist, die vom Obersten Gericht nicht gelöst werden, da es die Kompetenzverteilung als nichtjustiziable politische Frage betrachtet (n° 285, 290). In Bezug auf die Gewaltenteilung zwischen Bund und Gliedstaaten hat der *Supreme Court* entschieden, der Bund wäre sogar ohne verfassungsmässige Grundlage für alles Auswärtige zuständig, weil die Gliedstaaten nie Völkerrechtssubjekte gewesen seien (n° 273) und die auswärtige Gewalt somit direkt vom Vereinigten Königreich an die Union übergegangen sei. Die Gliedstaaten dürfen in Folge der zentralisierenden Rechtsprechung des Obersten Gerichts nur grenznachbarliche Abkommen abschliessen (n° 274). Der *Supreme Court* beachtet im Übrigen in allen Entscheiden, die aussenpolitische Implikationen haben, eine grosse Zurückhaltung; er ist darauf bedacht, sich nicht in die Aussenpolitik der Exekutive und der Legislative einzumischen (n° 290-291).

a) Kompetenzverteilung zwischen dem Bund und den Gliedstaaten

272. *Die Foreign Affairs sind Sache des Bundes. Die Verfassungsbestimmungen.*- Das zehnte und letzte Amendement der Bill of Rights bestimmt, dass diejenigen Kompetenzen, welche die Verfassung weder dem Bund delegiert noch den Gliedstaaten verwehrt, den Gliedstaaten oder der Bevölkerung vorbehalten sind. Nun war die Zentralisierung der völkerrechtlichen Kompetenzen beim Bund aber schon von MADISON befürwortet worden: “*If we are to be a nation in any respect, it clearly ought to be in respect to other nations.*”⁹⁶⁶ Art. I Sekt. 10 Cst. verbietet es denn auch den Gliedstaaten, einem *Treaty*, einer *Alliance* oder einer *Confederation* beizutreten (Ziff. 1), oder ohne Zustimmung des Kongresses ein *Agreement* oder einen *Compact* abzuschliessen (Ziff. 3). Dem Bund werden dagegen verschiedentlich explizite und implizite Kompetenzen im Auswärtigen eingeräumt, nämlich dem Kongress in Art. I Sekt. 8:

(1) The Congress shall have power (...) to provide for the common Defence (...); (3) To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes; (10) To define and punish Piracies and Felonies committed on the

⁹⁶⁶ *The Federalist*, Nr. 42, 212

high Seas, and Offences against the Law of Nations; (11) To declare War, grant Letters of Marque and Reprisal, and make Rules concerning Captures on Land and Water; (12) To raise and support Armies (...); (13) To provide and maintain a Navy; (18) To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Office thereof.

der Präsidentin oder dem Präsidenten in Art. II Sekt. 1

(1) The executive Power is vested in a President of the United States of America. (...)

in Art. II Sekt. 2:

(1) The President shall be Commander in Chief of the Army and Navy (...) (2) He shall have Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, provided two thirds of the Senators present concur; and he shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint Ambassadors, other public Ministers and Consuls (...)

sowie in Art. II Sekt. 3:

(...) he shall receive Ambassadors and other public Ministers; he shall take Care that the Laws be faithfully executed (...)

und dem *Supreme Court* in Art. III Sekt. 2:

(1) The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority; - to all Cases affecting Ambassadors (...); - to Controversies to which the United States shall be a party; - (...) to Controversies between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects. (2) In all cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls (...), the supreme Court shall have original Jurisdiction.

Auch bestimmt die Verfassung, dass völkerrechtliche Verträge dem Recht der Gliedstaaten vorgehen (Art. VI Sekt. 2; zit. in n° 257). Aus all diesen Bestimmungen könnte man ableiten, dass die auswärtigen Angelegenheiten Sache des Bundes sind. Eine Zeit lang ging der Oberste Gerichtshof denn auch nach diesem Ansatz vor (vgl. n° 266).

273. *Fortsetzung. Die Sicht des Supreme Court. Umkehrung des X. Amendments ...-* Der *Supreme Court* änderte diesen Ansatz 1936 im Entscheid *U. S. v. Curtiss-Wright Export Corp.*, wo er die Meinung vertrat, die auswärtige Gewalt wäre sogar ohne entsprechende Verfassungsbestimmungen Sache des Bundes. JUSTICE SUTHERLAND

führte aus⁹⁶⁷: “*The broad statement that the federal government can exercise no powers except those specifically enumerated in the Constitution, and such implied powers as are necessary and proper to carry into effect the enumerated powers, is categorically true only in respect of our internal affairs. (...) As a result of the separation from Great Britain by the colonies acting as a unit, the powers of external sovereignty passed from the Crown not to the colonies severally, but to the colonies in their collective and corporate capacity as the United States of America. (The) powers to declare and wage war, to conclude peace, to make treaties, to maintain diplomatic relations with other sovereignties, if they had never been mentioned in the Constitution, would have vested in the federal government as necessary concomitants of nationality.*”

Dass die Gliedstaaten nie Völkerrechtssubjekte waren, ist aber zweifelhaft: Unter den Konföderationsartikeln entfalteten diese eigene diplomatische Aktivitäten, ratifizierten jeweils einzeln die Verträge der Vereinigten Staaten, unterhielten ihre eigenen Armeen und führten ihre eigenen Feldzüge⁹⁶⁸. Dennoch hat das Gericht an dieser Sicht festgehalten⁹⁶⁹. Was indes zu dieser Umkehrung des X. Amendments geführt hatte, dürfte nicht sosehr obige Analyse, als vielmehr die seit dem 18. Jahrhundert unbestrittene Ansicht gewesen sein, dass gegen aussen allein der Bund auftreten sollte, verbunden mit dem Willen, Zuständigkeitslücken des Bundes im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten auszuschliessen⁹⁷⁰. So äusserte z.B. JUSTICE FIELD im *Chinese Exclusion Case* (1890): “*For local interests the several States of the Union exist, but for national purposes, embracing our relations with foreign nations, we are but one people, one nation, one power.*”⁹⁷¹ Gegenüber dem Ausland soll einig und mit einer Stimme gesprochen werden.

274. *Fortsetzung. .. und weitere zentralisierende Rechtsprechung.*- Der *Supreme Court* hat nicht nur in Umkehrung des X. Amendments alle aussenpolitischen Kompetenzen dem Bund zuerkannt, sondern auch die verfassungsmässige Zuständigkeit der Gliedstaaten restriktiv ausgelegt: Als verbotene *Treaties* nach Art. I Sekt. 10 Ziff. 1 Cst. gelten danach alle völkerrechtlichen Abkommen, welche die Souveränität und politischen Rechte der USA berühren könnten und zur Erweiterung der politische Macht der Gliedstaaten beitragen würden⁹⁷². Im Unterschied zu den deutschen

⁹⁶⁷ 299 US 304, S. 316-318

⁹⁶⁸ vgl. WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 324, m. w. Hinw.; BARRON/DIENES, S. 134; LOCKHART/KAMISAR/CHOPER/SIFFRIN/FALLON, S. 138, m. w. Hinw.; EHRENZELLER, *Legislative Gewalt*, 217

⁹⁶⁹ s. z.B. *Perez v. Brownell*, 356 US 44, S. 57 (1958); BARRON/DIENES, *ibid*.

⁹⁷⁰ s. WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 322, m. w. Hinw.

⁹⁷¹ *Chae Chan Ping v. U. S.*, 130 US 581, S. 606; vgl. WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 322-324, f. w. Hinw.

⁹⁷² *Holmes v. Jennison*, 39 US (14 Pet.) 540, S. 569-576 (1840); *Virginia v. Tennessee*, 148 US 503, S. 520-521 (1893)

Ländern und den Schweizer Kantonen dürfen die amerikanischen Gliedstaaten damit praktisch keine Verträge in ihrem Zuständigkeitsgebiet abschliessen (vgl. n° 115-117; 452) ⁹⁷³. Sie können – die Zustimmung des Kongresses vorausgesetzt – nur unbedeutende grenznachbarliche Vereinbarungen eingehen, z.B. Abkommen über den Bau von internationalen Brücken, Dämmen oder Abwasserkanälen ⁹⁷⁴. Im Übrigen gilt: “*Power over external affairs is not shared by the States; it is vested in the national government exclusively.*” ⁹⁷⁵ (vgl. n° 257).

Der *Supreme Court* hat zudem die Bundeskompetenzen noch mehr erweitert, indem er in Entscheiden wie *Missouri v. Holland* völkerrechtliche Verträge und die ausführende Gesetzgebung des Kongresses gelten liess, auch wenn sie in den Kompetenzbereich der Gliedstaaten eingreifen (s. n° 266; vgl. dagegen Art. 9 der Cst. von 1778, zitiert in Fn. 909 *ad* n° 256).

275. *Föderale Zurückhaltung; Schutz der Gliedstaaten vor Einmischungen des Bundes.* – Allerdings bemüht sich der Bund, wie wir im Zusammenhang mit dem *Bricker Amendment* gesehen haben (n° 267), die innerstaatlichen Kompetenzen der Gliedstaaten nicht zu tangieren. Einen Schutz vor Machtentzug via Völkerrecht bietet den Gliedstaaten die Tatsache, dass sich Exekutive und Legislative des Bundes regelmässig Neuwahlen stellen müssen. Sie würden bei den Wählerinnen und Wählern wohl in Ungnade fallen, wenn sie die Kompetenzen der Gliedstaaten mittels aussenpolitischer Abkommen überrennen würden. Ein zusätzlicher Schutz besteht im Falle völkerrechtlicher Verträge in der Zustimmungserfordernis des Senats, der aus je zwei von den jeweiligen Parlamenten gewählten Senatsmitgliedern jedes Gliedstaates besteht (Art. I Sekt. 3 Ziff. 1 Cst.) ⁹⁷⁶. Allerdings sind die Senatorinnen und Senatoren nicht weisungsgebunden. Auch besteht ein solcher Schutz nicht bei *presidential executive agreements*, die die Präsidentin bzw. der Präsident in eigener Kompetenz abschliesst (n° 258). Und wie wir gesehen haben, hat sich der Bund seine aussenpolitischen Kompetenzen schon mehrfach zu Nutze gemacht, um landesweite Regelungen durchzusetzen, für die er sonst nicht zuständig wäre (n° 266). Mittlerweile finden sich allerdings wenige Beispiele für eine solche Praxis, da die interne Kompetenzverteilung dank der Anerkennung durch den Obersten Gerichtshof von *implied powers* des Kongresses sowieso schon stark zu dessen Gunsten ausfällt ⁹⁷⁷.

⁹⁷³ NOWAK/ROTUNDA, S. 215; CARREAU, Nr. 275; vgl. auch STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 118-119

⁹⁷⁴ WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 343

⁹⁷⁵ *U. S. v. Pink*, 315 US 203, S. 233 (1942)

⁹⁷⁶ vgl. dazu STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 223-225 u. 227-228

⁹⁷⁷ AUER, S. 60-61 u. 50-51

276. *Informelle Mitwirkung der Gliedstaaten durch Lobbying.*- Im Unterschied zu den deutschen Ländern und den Schweizer Kantonen haben die Gliedstaaten der USA weder eigene aussenpolitische Mitwirkungsrechte, noch sind die Senatorinnen und Senatoren – wie die deutschen Bundesrätinnen und –räte – weisungsgebundene Vertreterinnen und Vertreter der Gliedstaaten (vgl. n° 114; 119-120; 447-452). Dafür ist das Lobbying wichtig: Die *Gouverneurinnen* und Gouverneure der Gliedstaaten haben sich zur *National Governors' Association* zusammengeschlossen, die über wissenschaftliche Mitarbeitende und Lobbyistinnen und Lobbyisten verfügt. Die *National Governors' Association* fasst auf ihrer Jahrestagung Programmbeschlüsse und Resolutionen, die auch aussenpolitische Fragen betreffen. Die Gouverneurinnen und Gouverneure versuchen ihre Forderungen im persönlichen Kontakt mit Kongressmitgliedern und Entscheidungsträgerinnen und -träger der Regierung durchzusetzen⁹⁷⁸. Rund die Hälfte der Gouverneurinnen und Gouverneure hat zudem ein *Office of Federal-State Relations* eingerichtet, mit dem der eigene Standpunkt gegenüber den Bundesorganen vertreten wird. Und ausserdem unterhalten rund zwei Drittel aller *Governors* ein eigenes, von Beamtinnen und Beamten oder Magistratinnen und Magistraten geführtes Büro in Washington D.C. zu diesem Zweck.

Auch die gliedstaatlichen *Parlamente* haben sich zu einer Interessenvereinigung zusammengeschlossen, welche über eine Geschäftsstelle in Washington D.C. Einfluss auf den Bund nehmen will, der *National Conference of State Legislatures*⁹⁷⁹. Daneben versuchen die gliedstaatlichen Parlamente auch direkt, ihre Anliegen im Bund einzubringen, namentlich mit Kontakten zu den Kongressmitgliedern des eigenen Staates. Die Parlamente von Illinois und New York haben sogar eigene Geschäftsstellen in Washington D.C. eingerichtet, diejenigen von Florida und Wisconsin zusammen mit den Gouverneuren⁹⁸⁰.

b) Kompetenzverteilung zwischen den Bundesorganen

277. *Die Präsidentin bzw. der Präsident als „sole organ of the nation“.* Die „*executive power clause*“.- Art. II Cst. (s. n° 272) lässt sicher den Schluss zu, dass die Präsidentin oder der Präsident eine aktive und wichtige Rolle in der Aussenpolitik zu spielen hat. Die Verfassung lässt jedoch offen, ob, und wenn ja, welches Organ hier eine entscheidende Rolle spielen soll. In der Praxis aber liegt die Aussenpolitik in den

⁹⁷⁸ vgl. die Website der Organisation: www.nga.org

⁹⁷⁹ s. www.ncsl.org

⁹⁸⁰ STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 225-227; vgl. a. JÖRG ANNAHEIM, *Die Gliedstaaten im amerikanischen Bundesstaat*, Berlin 1992

Händen der Präsidentin bzw. des Präsidenten⁹⁸¹. Sie oder er ist „*the nations chief diplomat*“⁹⁸².

Diese Ausdehnung der präsidentialen Macht findet ihre Legitimation, erstens, bei ALEXANDER HAMILTON, der die Auffassung vertrat, mit Art. II Sekt. 1 Ziff. 1 Cst., wonach „*(t)he executive Power shall be vested in a President of the United States of America*“, werde eine generelle Machtübertragung auf die Präsidentin bzw. den Präsidenten vorgenommen. Die speziellen Bestimmungen von Art. II dienten nur der Auslegung der generellen Kompetenzübertragung, es sei denn, sie beschränkten diese ausdrücklich. Deshalb seien die auswärtigen Angelegenheiten Sache der Präsidentin bzw. des Präsidenten, mit Ausnahme der explizit dem Kongress delegierten Kompetenzen⁹⁸³. Zweitens wurden solche impliziten verfassungsmässigen Kompetenzen schon von der ersten Regierung der USA in Anspruch genommen: GEORGE WASHINGTON empfing seiner verfassungsmässigen Kompetenz gemäss den *Citoyen* GENET als Botschafter Frankreichs und anerkannte damit die Revolutionsregierung, brach später die diplomatischen Beziehungen mit Frankreich ab, indem er dessen Abberufung verlangte, und tat beides, ohne den Kongress zu konsultieren⁹⁸⁴. Und drittens legitimierte der *Supreme Court* in *Marbury v. Madison* (1803) indirekt diese Ausdehnung der verfassungsmässigen Zuständigkeit im auswärtigen Bereich, indem er in einem *obiter dictum* verlauten liess, ein Konflikt zwischen der Regierung und dem Kongress im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten könnte nicht gerichtlich überprüft werden, da es sich um eine politische Frage handle⁹⁸⁵. Und in anderen Fällen, wo aussenpolitische Handlungen betroffen waren, wie z.B. die Anerkennung von Regierungen, versagte er die Überprüfung präsidentialen Handelns, da es sich um eine *political question* handle (s. n° 153)⁹⁸⁶.

278. *Fortsetzung.* Die „*Commander in Chief*“ und die „*take care clause*“.- Zur Ableitung impliziter aussenpolitischer Kompetenzen kann auch Art. II Sekt. 2 Ziff. 1 herangezogen werden, auf Grund dessen die Präsidentin oder der Präsident „*Commander in Chief of the Army and Navy of the United States*“ ist, und Ziff. 3, die sie bzw. ihn beauftragt, „*he shall take Care that the Laws be faithfully executed*“. Diese Bestimmungen erwiesen sich aber dazu als weniger bedeutsam als HAMILTONS von der „*executive power clause*“ abgeleitete Legitimierung präsidentialer Macht. Immerhin haben

⁹⁸¹ BARRON/DIENES, S. 135; NOWAK/ROTUNDA, S. 204; SCHWARTZ, S. 185; KOMMERS/FINN, S. 282; AUER, S. 60

⁹⁸² VILE, S. 74

⁹⁸³ zitiert in NOWAK/ROTUNDA, S. 205

⁹⁸⁴ NOWAK/ROTUNDA, *ibid.*

⁹⁸⁵ 5 US (1 Cranch) 137, S. 166 (1803)

⁹⁸⁶ *Jones v. U. S.*, 137 US 202, S. 212 (1890); *Guaranty Trust Co. v. U. S.*, 304 US 126, S. 137 (1938); *Baker v. Carr*, 369 US 186, S. 211-212 (1962)

sich jedoch verschiedene Präsidenten auf die „*take care clause*“ gestützt, um die Anwendung völkerrechtlicher Verträge sicherzustellen oder um militärische Eingriffe in ausländische Konflikte zu rechtfertigen, z.B. in Panama (1882), Kuba (1903), Haiti (1906), Korea (1950), Vietnam (1960) und Grenada (1980). Fast jede militärische Auseinandersetzung führte dabei zu einem Machtzuwachs des Präsidenten⁹⁸⁷. Die Präsidenten stellten sich jeweils auf den Standpunkt, ihre Pflicht, für die treue Beachtung des Rechts zu sorgen, umfasse auch die Sorge um das Völkerrecht. Die Lehre vertritt demgegenüber den Standpunkt, die Take-Care-Klausel finde auf Völkerrecht nur insofern Anwendung, als dieses Teil der amerikanischen Rechtsordnung sei und amerikanisches Staatsgebiet oder amerikanische Bürgerinnen und Bürger betroffen seien⁹⁸⁸.

279. *Fortsetzung. Curtiss-Wright: Eigenart des Äusseren und präsidentialer Informationsvorsprung.*- Der *Supreme Court* anerkannte die führende aussenpolitische Rolle des Präsidenten in *U. S. v. Curtiss-Wright Export Corp.* (1936)⁹⁸⁹. Der Kongress hatte während des Chaco-Konflikts den Präsidenten mit einer *joint resolution* ermächtigt, Waffenverkäufe nach Bolivien und Paraguay zu verbieten. Curtiss-Wright wurde beschuldigt, gegen das vom Präsidenten daraufhin verkündete Embargo verstossen zu haben. Die Vorinstanz vertrat die Auffassung, die *joint resolution* nehme eine verfassungswidrige Kompetenzdelegation vor. Die Mehrheit des *Supreme Court* dagegen hob diesen Entscheid auf. In ihrem Namen legte JUSTICE SOUTHERLAND dar, dass die innerstaatliche Kompetenzaufteilung nicht für aussenpolitische Belange gelte (n° 273), und dass in diesem Bereich die Präsidentin bzw. der Präsident „das einzige Organ der Nation“ sei: *“(P)articipation in the exercise of the (foreign affairs) power is significantly limited. In this vast external realm, with its important, complicated, delicate and manifold problems, the President alone has the power to speak or listen as a representative of the nation. He makes treaties with the advice and consent of the Senate: but he alone negotiates. Into the field of negotiation the Senate cannot intrude; and Congress itself is powerless to invade it. As Marshall said in his great argument of March 7, 1800, in the House of Representatives, ‘The President is the sole organ of the nation in its external relations, and its sole representative with foreign nations.’”*⁹⁹⁰

Diese herausragende Rolle der Präsidentin bzw. des Präsidenten begründete das Gericht mit den Eigenarten des Auswärtigen: *“The nature of transactions with foreign nations (...) requires caution and unity of design, and their success frequently depends on secrecy and dispatch. (If) embarrassment – perhaps serious embarrassment – is to*

⁹⁸⁷ KOMMERS/FINN, S. 283

⁹⁸⁸ NOWAK/ROTUNDA, S. 205-206

⁹⁸⁹ 299 US 304

⁹⁹⁰ *ibid.*, S. 319

*be avoided and success for our aims achieved, congressional legislation (must) often accord to the President a degree of discretion and freedom from statutory restriction which would not be admissible were domestic affairs alone involved. Moreover, he, not Congress, has the better opportunity of knowing the conditions which prevail in foreign countries, and especially is this true in time of war. He has his confidential sources of information. He has his agents in the form of diplomatic, consular and other officials. Secrecy in respect of information gathered by them may be highly necessary and the premature disclosure of it productive of harmful results.”*⁹⁹¹

Der *Supreme Court* lehnt denn auch eine Überprüfung der aussenpolitischen Akte der Präsidentin bzw. des Präsidenten gemäss der Political-Question-Doktrin ab, s. n° 269.

280. *Beschränkungen der Präsidialmacht durch die Verfassung. Der Steel Seizure Case.*- Wenn der *Supreme Court* in *Curtiss-Wright* auch eine Monopolstellung der Präsidentin bzw. des Präsidenten im Auswärtigen anerkannte, so muss doch beachtet werden, dass das präsidiale Embargo vom Kongress abgesegnet war. In einem anderen Verfahren dagegen, nämlich im sogenannten *Steel Seizure Case* von 1952⁹⁹², war dies anders: Präsident TRUMAN hatte während des Koreakrieges wegen eines bevorstehenden landesweiten Streiks kurzerhand die Beschlagnahmung fast sämtlicher Stahlwerke des Landes angeordnet, um eine Aussetzung der Stahlproduktion zu verhindern, die seiner Auffassung nach eine nationale Katastrophe bedeutet hätte. Er leitete seine Kompetenz zu dieser Massnahme von der „*executive power*“ und der „*Commander in Chief clause*“ ab. Der Kongress hatte den Präsidenten aber zur Beschlagnahmung nicht ermächtigt und in einem früheren Fall ein solches Vorgehen sogar abgelehnt. Der *Supreme Court* folgte hier der Auffassung der Mühlenbesitzerinnen und -besitzer, der Präsident habe sich Gesetzgebungskompetenzen angemasst, die nur dem Kongress zustünden, und lehnte es ab, die Zuständigkeit des Präsidenten aus der *executive power*, der *take care* oder der *Commander in Chief clause* abzuleiten. JUSTICE BLACK trug die Meinung des Gerichts vor: “(W)e cannot with faithfulness to our constitutional system hold that the Commander in Chief of the Armed Forces has the ultimate power as such to take possession of private property in order to keep labor disputes from stopping production. This is a job for the Nation’s lawmakers, not for its military authorities. Nor can the seizure order be sustained because of the several constitutional provisions that grant executive power to the President. In the framework of our Constitution, the President’s power to see that the laws are faithfully executed refutes the idea that he is

⁹⁹¹ *ibid.*, S. 319-320

⁹⁹² *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 US 579

to be a lawmaker. The Constitution limits his functions in the lawmaking process to the recommending of laws he thinks wise and the vetoing of laws he thinks bad.”⁹⁹³

Die einflussreichste Meinung stammte von JUSTICE JACKSON. Er begann seine Überlegungen mit der Unterscheidung dreier Machtstufen des Präsidenten – „*a somewhat oversimplified grouping*“, wie er selbst meinte: Wenn der Präsident, erstens, auf Grund einer ausdrücklichen oder impliziten *Ermächtigung* des Kongresses handle, sei seine Amtsgewalt am grössten, weil sie all seine eigenen Kompetenzen und dazu alle Kompetenzen, die der Kongress delegieren könne, umfasse. Wenn er, zweitens, *ohne* eine Ermächtigung, aber auch ohne ein Verbot des Kongresses handle, könne er nur auf seine eigenen Kompetenzen zählen; doch gebe es eine Dämmerzone, wo der Präsident und der Kongress konkurrierende Zuständigkeiten hätten. Hier müsse die Zuständigkeit des Präsidenten auf Grund der Sachzwänge und jeweiligen Umstände beurteilt werden. Und wenn der Präsident, drittens, *entgegen* dem ausdrücklichen oder impliziten Willen des Kongresses Massnahmen treffe, sei sein Machtniveau auf dem tiefsten Stand, da er sich nur auf die eigenen Kompetenzen, abzüglich der Kompetenzen des Kongresses, stützen könne. Die Zulässigkeit eines so endgültigen und ausschliesslichen Machtanspruchs müsse vorsichtig geprüft werden, da das in der Verfassung eingerichtete Gleichgewicht zwischen den Gewalten auf dem Spiel stehe. Die Beschlagnahme falle unter diese letzte Gruppe. JUSTICE JACKSON führte weiter aus, er teile die Ansicht nicht, die *executive power clause* bewirke eine Gesamtübertragung aller denkbaren exekutiven Macht; er sehe in ihr nur die Zuteilung der hernach spezifisch aufgeführten Kompetenzen ans Präsidialamt. Aus der *Commander in Chief clause* mochte er ebenfalls nichts zu Gunsten des Präsidenten ableiten, da der Kongress über die Mittel der Armee und die Art, wie diese einzusetzen seien, bestimmen könne. Die *take care clause* schliesslich sei gegen die *due process clause* des V. Amendements abzuwägen: Erstere gebe der Regierung Gewalt, so weit das Gesetz reiche, letztere gebe ein Individualrecht darauf, dass diese Gewalt nicht weiter gehe als das Gesetz. Weiter wies er darauf hin, dass in *Curtiss-Wright* die Handlung des Präsidenten im Einklang mit einem Beschluss des Kongresses stand⁹⁹⁴. Diese höchstrichterliche Auslegung der Verfassung und des *Curtiss-Wright*-Entscheids lässt den Schluss zu, dass die auswärtige Gewalt der Präsidentin bzw. des Präsidenten, wenn sie auch im Gegensatz zu ihrer bzw. seiner innerstaatlichen Gewalt keiner präzisen Verfassungsgrundlage bedarf, in den Kompetenzen des Kongresses eine Schranke findet sowie allgemein in den Verfassungsbestimmungen, insbesondere der *Bill of Rights* (vgl. n° 260)⁹⁹⁵.

⁹⁹³ *ibid.*, S. 587

⁹⁹⁴ *ibid.*, S. 635-636

⁹⁹⁵ vgl. NOWAK/ROTUNDA, S. 207 u. 208; BARRON/DIENES, S. 136; WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 194

Dass die Kompetenzen des Kongresses eine Schranke darstellen, wird durch den Entscheid *Dames & Moore v. Regan* von 1981 bestätigt⁹⁹⁶: Das Oberste Gericht stützte hier Präsident CARTERS und später Präsident REAGANS *Executive Orders* zur Ausführung des *Executive Agreements*, das CARTER zur Erwirkung der Freilassung der im November 1979 in der amerikanischen Botschaft im Iran festgehaltenen Geiseln unterzeichnet hatte. Das Abkommen sah vor, dass in den USA alle Verfahren gegen den Iran eingestellt und alle ergangenen Urteile für nichtig erklärt werden sollten und die entsprechenden Klagen von einem eigens eingesetzten Schiedsgericht, dem *Iran-United States Claims Tribunal*, behandelt werden sollten. Der *Supreme Court* fand zwar keine spezifische Kompetenz des Präsidenten, vor amerikanischen Gerichten hängige Verfahren einzustellen, doch zog er in Erwägung, solche Abkommen seien üblich und ihr Abschluss durch den Präsidenten sei vom Kongress jeweils gebilligt worden. JUSTICE REHNQUIST, der sich auf JUSTICE JACKSONS drei Machtstufen stützte, führte für die Mehrheit aus: “*Crucial to our decision today is the conclusion that Congress has implicitly approved the practice of claim settlement by executive agreement.*”⁹⁹⁷

281. *Fortsetzung: Beschränkung durch Völkerrecht.*- In Ausübung seiner aussenpolitischen Befugnisse darf die Präsidentin bzw. der Präsident nach amerikanischer Auffassung zwar von Verfassungen wegen auch gegen internationales Gewohnheitsrecht und völkerrechtliche Verträge verstossen, doch hat sie oder er Rechte von Privatpersonen und insbesondere Menschenrechte zu beachten; diese dienen ja dem Wohl der Einzelnen und beeinflussen im Allgemeinen nicht direkt die Beziehungen der USA mit ausländischen Gliedstaaten. Im Rahmen von Vergeltungsmassnahmen muss die Präsidentin bzw. der Präsident wenigstens grundlegende Menschenrechte beachten (vgl. n° 254 u. 15)⁹⁹⁸. Die

282. *Teilung der präsidentialen Macht: Die Treaty Power als gemeinsame Kompetenz von Präsidentin bzw. Präsident und Senat.*- Die wohl wichtigste aussenpolitische Kompetenz ist zwischen der Präsidentin bzw. dem Präsidenten und dem Senat aufgeteilt: Das Eingehen vertraglicher Verpflichtungen. Gemäss Art. II Sekt. 2 Ziff. 2 Cst. (s. n° 272) schliesst die Präsidentin oder der Präsident die Verträge „mit dem Rat und der Zustimmung“ des Senats ab, wobei zwei Drittel der anwesenden Senatsmitglieder zustimmen müssen. Dass die Verfassungsväter somit als amerikanische Spezialität nur *eine* Kammer des Parlaments in das Vertragsschlussverfahren einbezogen, liegt wohl einerseits daran, dass der Senat die Vertretung der Gliedstaaten darstellt und damit als Nachfolger des früheren Kongresses erschien, bei dem die Vertragsschlusskompe-

⁹⁹⁶ 453 US 654

⁹⁹⁷ *ibid.*, S. 680

⁹⁹⁸ HENKIN, *Politics*, S. 70; *US*, S. 430-431; NOWAK/ROTUNDA, S. 208

tenz zuvor lag; die Beteiligung des Senats ist also vermutlich nicht sosehr ein Ausdruck des demokratischen Anliegens, die Legislative am Abschluss der völkerrechtlichen Verträge zu beteiligen, als vielmehr ein Souvenir aus der Zeit vor 1789, da der Kongress noch die volle Vertragsschlusskompetenz besass, welche mit Inkrafttreten der Verfassung von 1787 grösstenteils auf die Präsidentin bzw. den Präsidenten der USA überging⁹⁹⁹. Das Erfordernis der Zwei-Drittels-Mehrheit soll eine klare innerstaatliche Unterstützung für die abgeschlossenen Abkommen sicherstellen¹⁰⁰⁰ und wahrscheinlich auch die Gliedstaaten vor unliebsamen Verpflichtungen schützen¹⁰⁰¹. Andererseits wurde das Repräsentantenhaus aus dem Vertragsschlussverfahren wohl deshalb ausgeschlossen, weil die Beteiligung so vieler Abgeordneter für eine vertrauliche und schnelle Abwicklung des Verfahrens als nachteilig angesehen wurde¹⁰⁰². Die Begründetheit des Ausschlusses des Repräsentantenhauses wird aber heute in Frage gestellt, da die völkerrechtlichen Verträge zunehmend auch Individualrechte betreffen und der Senat damit im Gegensatz zu den Vorgaben der Verfassung mitunter die Rolle eines Ein-Kammer-Parlaments spielen kann¹⁰⁰³. Dass 34 Mitglieder des Senats die Einzelperson von im abzuschliessenden Vertrag vorgesehenen Rechten berauben können, wird zu Recht als schädlich für die amerikanische Glaubwürdigkeit als Vertragspartner und als undemokratisch empfunden: *“In our opinion, the Senate threatens to undermine the credibility of U. S. participation in the international legal process and to deprive U. S. citizens of their constitutional rights”*, schreiben etwa die Professoren RIESENFELD und ABBOTT, denen die *„regrettable practices of the U. S. Senate“* Anlass waren zur Organisation einer internationalen Studie über die parlamentarische Beteiligung am Vertragsschlussverfahren¹⁰⁰⁴. *“If the Constitution were drafted today we might reflect long and hard whether Senators representing only seven percent of the population – the 17 least populous states – ought to be able to defeat a treaty or to impose a condition on their consent,”* schreibt GLENNON¹⁰⁰⁵. Verschiedentlich wird deshalb in der Lehre vorgeschlagen, den Kongress stärker in das Vertragsschlussverfahren einzubeziehen oder jedenfalls die Hürde im Senat auf die einfache Mehrheit zu senken¹⁰⁰⁶.

⁹⁹⁹ PETER HAGGENMACHER, *Some Hints on the European Origins of Legislative Participation in the Treaty-making Function*, in: Riesenfeld/Abbott (Hrsg.), S. 36-37

¹⁰⁰⁰ GLENNON, S. 245

¹⁰⁰¹ vgl. dazu STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 223-225 u. 227-228

¹⁰⁰² RIESENFELD/ABBOTT, S. 265

¹⁰⁰³ *ibid.*, S. 303

¹⁰⁰⁴ *ibid.*, S. 1 u. S. 14 *in fine*; s. auch FISLER DAMROSCH, S. 207

¹⁰⁰⁵ GLENNON, S. 244; s. auch die Kritik von RIESENFELD/ABBOTT, S. 278-279

¹⁰⁰⁶ s. Hinw. bei RIESENFELD/ABBOTT, S. 10; GLENNON S. 244; RIESENFELD/ABBOTT, S. 305-306; FRANÇOIS LUCHAIRE, *The Participation of Parliament in the Elaboration and Application of Treaties*, in: Riesenfeld/Abbott (Hrsg.), S. 57

283. *Fortsetzung. Kompetenzen des Senats. Ermächtigung zum Vertragsschluss; Vorbehalte und Erklärungen.*- Die Verfassungsväter waren davon ausgegangen, dass der Senat bei der Ausarbeitung von Verträgen als Exekutivrat agieren und eng mit dem Präsidenten zusammenarbeiten würde. Doch als Präsident WASHINGTON 1789 eines Tages den Senat aufsuchte, um einen Vertrag, den er mit Indianern abzuschliessen gedachte, zu besprechen, schickten sich die Senatoren an, diesen wie einen Gesetzesentwurf zu behandeln, und sie schlugen sogar vor, ihn einer Kommission vorzulegen. WASHINGTON soll daraufhin in einem oft zitierten Ausspruch gesagt haben, „*he would be damned if he ever went there again*“. Seither hat nie wieder ein Präsident den Senat aufgesucht, um bei Vertragsverhandlungen dessen Rat einzuholen¹⁰⁰⁷. Der Präsident unterbreitet dem Senat nur noch den endgültigen Entwurf. Die Senatorinnen und Senatoren machen jedoch dem Präsidenten Vorschläge, welche Bereiche mit Verträgen erschlossen werden könnten, und sie werden während Vertragsverhandlungen von Vertreterinnen und Vertretern der Exekutive konsultiert¹⁰⁰⁸; immerhin ist ja die Zustimmung von zwei Dritteln von ihnen nötig, damit die Präsidentin oder der Präsident den ausgehandelten Vertrag ratifizieren kann. Dies stellt eine Hürde dar, die nicht immer überwunden wird – was neben dem einfacheren, schnelleren, vertraulicheren Abschluss die Beliebtheit der *executive agreements* erklären mag. Entsprechende Versuche, deren landesrechtliche Geltung von der Zustimmung des Senats oder des Kongresses abhängig zu machen, scheiterten knapp (n° 267)¹⁰⁰⁹.

Die gewichtige Rolle des Senats im Vertragsschlussverfahren wird dadurch noch erhöht, dass er seine Zustimmung zum Vertrag von Vorbehalten und Erklärungen abhängig machen kann, insbesondere auch von auslegenden Erklärungen, die für die Präsidentin bzw. den Präsidenten bindend sind¹⁰¹⁰ und dem Vorbehalt, der Vertrag sei nicht *self-executing*¹⁰¹¹. Damit kann er dessen landesrechtliche Wirkung verhindern oder über Ausführungsgesetze zusammen mit dem Repräsentantenhaus steuern. Der Vorbehalt wird einerseits angebracht, wenn die Teilnahme des Kongresses als rechtlich geboten angesehen wird, so wenn mit der Umsetzung die Erhebung von Steuern oder die Einführung von strafrechtlichen Sanktionen verbunden ist, oder wenn aus politischen Gründen der Kongress in die innerstaatliche Umsetzung eingebunden werden soll (vgl. n° 285-289). Andererseits ist er auch Ausdruck einer Tendenz im Senat, die amerikanische Rechtsordnung vor internationalen Einflüssen abzuschirmen

¹⁰⁰⁷ WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 60-61, m. w. Hinw.; RIESENFELD/ABBOTT, S. 9, S. 261, m. w. Hinw., u. S. 266; vgl. NOWAK/ROTUNDA, S. 205

¹⁰⁰⁸ RIESENFELD/ABBOTT, S. 266; das wird vermutlich auch noch so sein, wenn es einmal eine Präsidentin gibt.

¹⁰⁰⁹ vgl. CARREAU, Nr. 278, 281 u. 288, m. w. Hinw.; WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 107, m. w. Hinw.; BARRON/DIENES, S. 137

¹⁰¹⁰ RIESENFELD/ABBOTT, S. 6

¹⁰¹¹ WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 200, m. w. Hinw.; ausführlich RIESENFELD/ABBOTT, S. 268-299; GLENNON, S. 223-225

und insbesondere die Entstehung neuer Quellen bundesstaatlicher Jurisdiktion in den Gliedstaaten zu verhindern ¹⁰¹². Gegenstand solcher Non-Executive-Erklärungen waren insbesondere der UNO-Pakt I, das Völkermord- und das Folterübereinkommen, aber auch Wirtschaftsabkommen wie die Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst ¹⁰¹³.

Hat der Senat einem Vertrag zugestimmt, so ist die Präsidentin bzw. der Präsident nicht verpflichtet, diesen zu ratifizieren ¹⁰¹⁴. Ob sie bzw. er einen ratifizierten Vertrag in eigener Kompetenz aufkünden darf, bleibt offen; die Mehrheit des *Supreme Court* behandelte jedenfalls ein solches Vorkommnis als *political question* und mochte es nicht sanktionieren: Die Verfassung regle die Vertragsbeendigung nicht, für die jeweiligen Verträge seien aber verschiedene Beendigungsverfahren denkbar, deren Wahl politischer Natur sei; zudem gehe es um auswärtige Beziehungen, die ebenfalls eine *political question* sind (s. *supra*, n° 269) ¹⁰¹⁵.

284. *Fortsetzung. Zustimmung des Senats zur Ernennung von Gesandten.*- Zur Ernennung von Botschafterinnen und Botschaftern durch die Präsidentin bzw. den Präsidenten ist ebenfalls die Zustimmung des Senats erforderlich (Art. II Sekt. 2 Ziff. 2 Cst.; s. n° 272). Die Kompetenz der Präsidentin bzw. des Präsidenten unterstreicht ihre bzw. seine Rolle als oberste Diplomatin bzw. oberster Diplomat der Nation (n° 277), diejenige des Senats die politische Dimension der Wahl ¹⁰¹⁶.

285. *Die Rolle des Kongresses. Fehlende Kompetenzabgrenzung in der Verfassung.*- Wie wir gesehen haben (n° 272), räumt die Verfassung auch dem Kongress verschiedene aussenpolitische Zuständigkeiten ein, auf Grund derer er aussenpolitische Gesetze erlässt. Es bleibt aber unklar, wieweit die verfassungsmässigen Kompetenzen des Kongresses reichen und wieweit diejenigen der Präsidentin oder des Präsidenten, was Ursache eines fortwährenden, ungelösten Verfassungskonfliktes ist. Im Mittelpunkt steht dabei die Frage, ob Kongress und Präsidentschaft im Bereich des Äusseren gleichberechtigte Partner sind, oder ob die Präsidentin bzw. der Präsident vielmehr die Aussenpolitik zu bestimmen hat, während die Rolle des Kongresses sich darauf beschränken soll, diese zu implementieren. Der jeweilige Standpunkt wird mit Berufung auf die *veteres* begründet – für HAMILTON hatte der Präsident die Aussenpolitik zu bestimmen (n° 277), für MADISON der Kongress ¹⁰¹⁷.

¹⁰¹² FISLER DAMROSCH, S. 205-207

¹⁰¹³ s. ausführlich *ibid.*, S. 207-213

¹⁰¹⁴ WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 63

¹⁰¹⁵ *Goldwater v. Carter*, 444 US 996 (1979), S. 1001; vgl. LOCKHART/KAMISAR/CHOPER/SHIFFRIN/FALLON, S. 36-37, und NOWAK/ROTUNDA, S. 219-220; HENKIN, *US*, S. 430; BARRON/DIENES, S. 137

¹⁰¹⁶ VILE, S. 74; vgl. AUER, S. 59

¹⁰¹⁷ NOWAK/ROTUNDA, S. 208

286. *Fortsetzung. Einbezug bei executive agreements: Informationsrechte, Ermächtigung zum Abschluss, Vorbehalte. Vertretung in Verhandlungsdelegationen.*- Auch wenn der Erfolg der Aussenpolitik der Präsidentin bzw. des Präsidenten in hohem Masse von der Unterstützung des Kongresses abhängt ¹⁰¹⁸, ging der grosse Trend dennoch in Richtung einer Ausdehnung der präsidentialen Macht ¹⁰¹⁹. Nachdem sich die Präsidenten immer häufiger auf *executive agreements* statt auf zustimmungsbedürftige Verträge stützten und Bestrebungen in den fünfziger Jahren, dieser Entwicklung entgegenzuwirken, im Kongress scheiterten (n° 267), hat der Kongress 1972 mit Annahme des *Case Act* doch eine gewisse parlamentarischen Kontrolle eingeführt, indem ihm die *executive agreements* innert 60 Tagen nach deren Inkrafttreten zur Kenntnis gebracht werden müssen ¹⁰²⁰. Bisweilen stimmt der Kongress durch eine *joint congressional resolution* einem *executive agreement* zu, wenn sonst ein *treaty* mit Zustimmung des Senats abgeschlossen werden müsste, denn für die Präsidentin bzw. den Präsidenten ist es einfacher, eine einfache Mehrheit in den beiden Kammern des Kongresses zu erzielen, als eine Zwei-Drittels-Mehrheit im Senat ¹⁰²¹. Dies war etwa der Fall beim Abschluss des kontroversen *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) mit Kanada und Mexiko, das Präsident CLINTON 1994 unterzeichnete ¹⁰²². Ausserdem sind Kongressabgeordnete öfters Mitglieder oder Beraterinnen und Berater der amerikanischen Verhandlungsdelegation ¹⁰²³.

Auch der Kongress bringt bisweilen Vorbehalte zu Verträgen an: Im *Trade Agreement Act* von 1979, der die GATT-Tokyo-Runde genehmigte, und später in den Gesetzen, welche die Freihandelsabkommen mit Israel und Kanada gutheissen, hat der Kongress Bestimmungen aufgenommen, dass diese Abkommen *non-self-executing* sind ¹⁰²⁴. Der Kongress wird dafür – im Gegensatz zum Senat – von der Lehre nicht kritisiert, da der Kongress unbekümmert um internationale Verpflichtungen Gesetze erlassen kann ¹⁰²⁵.

287. *Fortsetzung. Die commerce clause.*- Wichtigste aussenpolitische Kompetenznorm des Kongresses ist Art. I Sekt. 8 Ziff. 3 Cst. (s. n° 272), der dem Kongress die Zuständigkeit zur Regelung der Aussenwirtschaft erteilt. Der Kongress erlässt gestützt

¹⁰¹⁸ KOMMERS/FINN, S. 281-282; CARREAU, Nr. 279, und NOWAK/ROTUNDA, *ibid.*, jeweils m. Hinw.

¹⁰¹⁹ KOMMERS/FINN, S. 282; vgl. AUER, S. 59

¹⁰²⁰ BARRON/DIENES, S. 137, CARREAU, Nr. 288; RIESENFELD/ABBOTT, S. 266

¹⁰²¹ RIESENFELD/ABBOTT, S. 302

¹⁰²² VILE, S. 73-74

¹⁰²³ RIESENFELD/ABBOTT, S. 266

¹⁰²⁴ *ibid.*, S. 304-305; FISLER DAMROSCH, S. 212-213

¹⁰²⁵ RIESENFELD/ABBOTT, S. 304-305

auf diese *commerce clause* Gesetze, die den Aussenhandel der USA regulieren ¹⁰²⁶. Aussenhandelsabkommen werden als *Congressional-Executive Agreements* abgeschlossen. Dabei ist eine sogenannte „*fast track*“ *procedure* gebräuchlich, bei der die Verhandlungsziele vom Kongress vorgängig in der *Trade Bill* festgelegt werden und sich die Präsidentin bzw. der Präsident verpflichtet, die beiden Kammern während der Vertragsverhandlungen und der Ausarbeitung der Ausführungserlasse zu konsultieren, während sich der Kongress im Gegenzug zu einer schnellen Behandlung des einmal ausgehandelten Abkommens und der Ausführungserlasse und zu einer Abstimmung ohne Änderungsvorschläge verpflichtet ¹⁰²⁷.

Mit der zunehmenden nationalökonomischen Wichtigkeit des Welthandels ist natürlich auch das aussenpolitische Gewicht des Kongresses gestiegen: Sein Einfluss auf die Aussenpolitik ist heute gewaltig ¹⁰²⁸. Dass die Präsidentin bzw. der Präsident, der alleine für die Aushandlung der Verträge zuständig ist, in der *commerce clause* nicht Erwähnung findet, verursacht dabei fortwährende Spannungen ¹⁰²⁹.

288. *Fortsetzung. Implied powers: Die „necessary and proper clause“.*- Der Kongress erweiterte seine ausdrücklichen aussenpolitischen Kompetenzen, indem er in der Verfassung zusätzlich implizite Kompetenzen las. Art. I Sekt. 8 Ziff. 18 (zitiert in n° 272) ermächtigt ihn bekanntlich, alle Gesetze zu erlassen, die zur Verwirklichung von Bundeskompetenzen nötig und geeignet – *necessary and proper* – sind. Die „*necessary and proper clause*“ gibt dem Kongress ein wirksames Instrument zur Kontrolle der Präsidentin bzw. des Präsidenten in die Hand, soweit diese bzw. dieser auf Gesetze zur Verwirklichung der Aussenpolitik angewiesen ist. Der Kongress hat von seinen impliziten Kompetenzen weiten Gebrauch gemacht und gestützt darauf verschiedene Gesetze erlassen. Auch die Änderung der Act-of-State-Doktrin durch das *Second Hickenlooper Amendment* (s. n° 270) erfolgte wohl gestützt auf die *implied powers* ¹⁰³⁰. Der *Supreme Court* hat die Kompetenz des Kongresses anerkannt, „*to enact legislation for the effective regulation of foreign affairs*“ ¹⁰³¹. Wie weit die impliziten Kompetenzen gehen, ist offen; der Kongress hat sie jedenfalls noch nicht so

¹⁰²⁶ s. z.B. *Japan Line, Ltd. v. County of Los Angeles*, 441 US 434 (1979): Verfassungswidrigkeit gliedstaatlicher Steuern, die eine landesweit einheitliche Besteuerung des Aussenhandels beeinträchtigen könnten.

¹⁰²⁷ RIESENFELD/ABBOTT, S. 302, m. w. Hinw.; THOMAS COTTIER, *Die Auswirkungen der Uruguay-Runde auf die internen Entscheidungsprozesse der Schweiz: ein Rückblick*, LeGes 1999/3, S. 41

¹⁰²⁸ NOWAK/ROTUNDA, S. 208

¹⁰²⁹ CARREAU, Nr. 279, m. Hinw.

¹⁰³⁰ NOWAK/ROTUNDA, S. 210

¹⁰³¹ *Perez v. Brownell*, 356 US 44 (1958), S. 57. – Im Ergebnis – das Gericht hatte ein Bundesgesetz, das die Teilnahme an einer ausländischen Wahl mit dem Verlust des Bürgerrechts sanktionierte, geschützt – ist dieser Entscheid überholt durch *Afroyim v. Rusk*, 387 US 253 (1967), wonach ein solches Gesetz gegen Sekt. 1 des XIV. Amendments verstösst; RIESENFELD/ABBOTT, S. 302.

weit ausgeschöpft, wie er es auf Grund der Rechtsprechung des Obersten Gerichts wahrscheinlich könnte ¹⁰³².

289. *Fortsetzung: Die Budgetkompetenz.*- Nur der Kongress kann die Ausgabe öffentlicher Gelder bewilligen (Art. I Sekt. 8 Ziff. 1 u. Sekt. 9 Ziff. 7 Cst.). Wenn die Erfüllung eines Vertrags Geld kostet, kann er präsidentiale Initiativen im Bereich des Äusseren ersticken oder behindern, indem er die zur Verwirklichung nötigen Gelder verweigert, und er kann die Ausführungskompetenzen der Präsidentin bzw. des Präsidenten überwachen ¹⁰³³. Ein Beispiel für die Ausnützung der Budgetkompetenz zur Beeinflussung der präsidentialen Aussenpolitik ist das *Boland Amendment* von 1982 bzw. 1985, das die militärische Unterstützung der *Contras* in Nicaragua einschränkte ¹⁰³⁴.

290. *Die Rolle des Supreme Court. Eingeschränkte Überprüfung aussenpolitischer Zuständigkeiten und Akte.*- Alle amerikanischen Gerichte tragen durch die Anwendung des Völkerrechts zu dessen Durchsetzung und Weiterentwicklung bei (vgl. n° 16). Der *Supreme Court* kann zwar die Verfassungsmässigkeit der Akte von Exekutive und Legislative überprüfen, doch hat er seine Kompetenz mit der Political-Question-Doktrin eingeschränkt (n° 269): So überprüfte er weder Konflikte zwischen Regierung und Kongress über die Kompetenzverteilung in den auswärtigen Angelegenheiten, noch aussenpolitische Entscheide der Präsidentin bzw. des Präsidenten oder des Kongresses (n° 277). In der Praxis beruft sich der *Supreme Court* jedoch nur selten auf die Political-Question-Doktrin; häufig unterlässt er die Überprüfung der aussenpolitischen Akte mit der Begründung, die politischen Behörden hätten im Rahmen ihrer verfassungsmässigen Kompetenzen gehandelt ¹⁰³⁵. Denn immerhin überprüft das Oberste Gericht, ob ein Akt im Rahmen der verfassungsmässigen Kompetenzen erging: So hat es etwa im *Steel Seizure Case* und in *Dames & Moore v. Regan* untersucht, ob eine zwar aussenpolitisch motivierte, aber innerstaatliche wirksame Handlung tatsächlich in den Zuständigkeitsbereich des Präsidenten falle (n° 280).

291. *Fortsetzung. Aussenpolitischer Einfluss der Rechtsprechung.*- Auf Grund von Art. III Sekt. 2 Cst. (s. n° 272) erstreckt sich die Rechtsprechungskompetenz des *Supreme Court* auf auswärtige Angelegenheiten. So beurteilt er Klagen, die ausländische Staaten betreffen – wie z.B. im *Sabbatino*-Entscheid (n° 270) –, Klagen US-amerikanischer Staatsangehöriger gegen ausländische Staatsangehörige und Diploma-

¹⁰³² NOWAK/ROTUNDA, *ibid.*

¹⁰³³ RIESENFELD/ABBOTT, S. 267; NOWAK/ROTUNDA, S. 209; AUER, S. 59

¹⁰³⁴ AUER, *ibid.*

¹⁰³⁵ s. z.B. *Williams v. Suffolk Insurance Co.*, 38 US (13 Pet.) 415, S. 420 (1839); NOWAK/ROTUNDA, S. 213; KOMMERS/FINN, S. 280, 288

ten¹⁰³⁶, Klagen, welche die Auslegung oder die Anwendung von völkerrechtlichen Verträgen verlangen (vgl. die in n° 259 ff. zitierten Entscheide)¹⁰³⁷, und er prüft, wie z.B. im Fall des *Paquet Habana* (n° 247), die Geltung internationalen Gewohnheitsrechts. Obwohl er häufig dem Standpunkt von Exekutive und Legislative Recht gibt und (im Gegensatz zum Bundesverfassungsgericht Deutschlands, n° 96) eine *hands-off policy*¹⁰³⁸ verfolgt, wenn ein Entscheid aussenpolitische Implikationen haben könnte, übt der *Supreme Court*, insbesondere durch die Auslegung aussenpolitischer Gesetze und völkerrechtlicher Normen, doch einen beträchtlichen Einfluss auf die Aussenpolitik aus¹⁰³⁹.

3. Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung

292. *Stärkung des Bundes und des Senats.*- Da Völkerrecht Gliedstaatenrecht bricht, die Gliedstaaten aber kaum Einfluss auf die völkerrechtlichen Normen nehmen können und der Bund zudem völkerrechtliche Verträge in Gebieten abschliessen kann, für die ansonsten die Gliedstaaten zuständig sind, stärkt es die Stellung des Bundes. Innerhalb des Bundes dominiert zwar die Präsidentin bzw. der Präsident die Aussenpolitik, doch wird ihr bzw. sein Einfluss ausbalanciert, sobald eine völkerrechtliche Norm innerstaatliche Geltung erlangt.

a) Einfluss des internationalen Gewohnheitsrechts

293. *Stärkung des Bundes gegenüber den Gliedstaaten.*- Die Gliedstaaten sind aussenpolitisch praktisch einflusslos: Die *Foreign Affairs* sind Bundessache (n° 272-274). Entsprechend geringer sind die Möglichkeiten der Gliedstaaten, das Völkergewohnheitsrecht zu beeinflussen. Ihre aussenpolitische Mitwirkung beschränkt sich auf die Zustimmung des Senats zu völkerrechtlichen Verträgen. Im Vorfeld aussenpolitischer Entwicklungen können sie nur mittels Lobbying Einfluss auszuüben versuchen (vgl. n° 276). Der Einfluss durch interne Akte ist kaum relevant; die meisten völkerrechtlich erheblichen Gebiete, wie der Aussenhandel, die Nationalität oder die

¹⁰³⁶ NOWAK/ROTUNDA, S. 212, m. Hinw.

¹⁰³⁷ vgl. auch *Terlinden v. Ames*, 184 US 270 (1902); *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 US (1 Wheat.) 304 (1816); NOWAK/ROTUNDA, S. 212

¹⁰³⁸ vgl. KOMMERS/FINN, S. 291

¹⁰³⁹ NOWAK/ROTUNDA, S. 212 u. 213-214

Festlegung völkerrechtlicher Straftatbestände wie der Piraterie sind Sache des Kongresses (Art. I Sekt. 3, 4, 10; vgl. n° 243 u. n° 16). Zugleich aber geht das Völkergewohnheitsrecht dem Recht der Gliedstaaten – nicht aber dem des Bundes – vor (n° 250), und der *Supreme Court* kann diesen Vorrang durchsetzen (n° 290). Die Kompetenzen der Gliedstaaten werden somit vom Gewohnheitsrecht beschränkt, ohne dass sie dieses nennenswert beeinflussen könnten.

294. *Ausbalancierung des Einflusses im Bund.*– Die Bildung des internationalen Gewohnheitsrechts wird von allen Staatsorganen beeinflusst (vgl. n° 16). Die Präsidentin bzw. der Präsident als „*sole organ*“ der Aussenpolitik (n° 277) hat die meisten Gelegenheiten, internationales Gewohnheitsrecht über externe Akte zu gestalten. Der Kongress hat aber, insbesondere durch die *commerce clause* und seine Gesetzgebungskompetenz in völkerrechtlich relevanten Gebieten, ebenfalls ein grosses Gewicht (n° 287 u. 288). Auch hütet sich der *Supreme Court* davor, Völkergewohnheitsrecht anzuerkennen, das der Gesetzgebung des Kongresses widerspricht; der landesrechtlichen Regelung wird von den Gerichten grosses Gewicht beigemessen, um nichtkodifiziertes Gewohnheitsrecht zu bestimmen (n° 247). Um innerstaatlich anwendbar zu sein, muss dieses *self-executing* sein, was aber stets der Fall sein dürfte (n° 249). Ausserdem geht es Bundesgesetzen – und natürlich der Verfassung – nach, sogar wenn es jünger ist (n° 250). Wie im „Vorbild“ Vereinigtes Königreich werden die Gesetze allerdings völkerrechtskonform ausgelegt, so dass die Tragweite eines Gesetzes durch Gewohnheitsrecht beschränkt oder geändert werden kann, es sei denn, die Legislative habe deutlich ihren Willen kundgetan, gegen Gewohnheitsrecht verstossen zu wollen (vgl. n° 251-253). Denn anders als in Deutschland (n° 139) beschränkt dieses – mit Ausnahme der Individualrechte – weder die Kompetenzen der Legislative noch der Exekutive (n° 250, 254, 281). Der *Supreme Court* kann die Erlasse und Handlungen von Exekutive und Legislative somit zwar nicht wegen Verstoss gegen das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht aufheben, aber immerhin im Rahmen des legislatorischen Willens durch völkerrechtskonforme Auslegung steuern (vgl. n° 296). Diese bewirkt somit eine Ausdehnung seiner Kompetenzen. Da er aber an den klaren Willen des Parlaments gebunden ist, erscheint der Einfluss, den die Bundesorgane aufeinander über das Gewohnheitsrecht ausüben können, insgesamt – wie im Vereinigten Königreich (n° 234) – als gut ausbalanciert ¹⁰⁴⁰.

¹⁰⁴⁰ vgl. AUER, S. 59

b) Einfluss der völkerrechtlichen Verträge

295. *Stärkung des Bundes, ...*- Die *Treaty-Making Power* ist im Bund konzentriert (n° 258). Sie ist „one of the most important aspects of legislative authority“ (SCHWARTZ)¹⁰⁴¹, denn völkerrechtliche Verträge haben die gleiche Wirkung wie Bundesgesetze, wenn sie *self-executing* sind (n° 259, 264). Wie diese gehen sie dem Recht der Gliedstaaten vor (n° 265; n° 257). Zwar müssen sie verfassungskonform sein (n° 260), doch darf der Bund gemäss der Rechtsprechung des *Supreme Court* in allen Bereichen – also auch in den Bereichen, für welche die Gliedstaaten zuständig sind – Verträge abschliessen (n° 266). Wie am Beispiel des berühmten Falls *Missouri v. Holland* (n° 266) gezeigt, kann der Bund damit über den Umweg des völkerrechtlichen Vertrages in die Kompetenzen der Gliedstaaten eingreifen. Die nicht weisungsgebundenen Senatorinnen und Senatoren sind dabei für die Gliedstaaten nicht so verlässliche Gesandte wie ihre deutschen Kolleginnen und Kollegen (vgl. n° 120), aber doch wirksamere Vertreterinnen und Vertreter als die Schweizer Ständeratsmitglieder (n° 450) (n° 275)¹⁰⁴². Wieweit die Lobbying-Aktivitäten der Gliedstaaten Früchte tragen, ist schwierig zu sagen; ein Ersatz für tatsächliche Mitwirkungsrechte, wie sie die deutschen Länder und die Schweizer Kantone haben, sind sie jedenfalls nicht (n° 276). Andererseits hat der *Supreme Court* die Vertragskompetenzen der Gliedstaaten so restriktiv ausgelegt, dass sie – im Gegensatz zu Bundesländern und Kantonen – praktisch keine Verträge auf Gebieten abschliessen können, für die sie landesrechtlich zuständig sind (n° 274): Gegen Aussen spricht Amerika mit einer Stimme, und zwar mit derjenigen des Bundes. Völkerrechtliche Verträge durchbrechen also – den Intentionen der Verfassungsväter entsprechend (n° 257) – die Kompetenzen der Gliedstaaten. In der Praxis bemühen sich die Bundesbehörden allerdings, mit Verträgen keine Kompetenzverschiebungen herbeizuführen, und die Gerichte legen Verträge nur dann so aus, dass sie in die Kompetenzen der Gliedstaaten eingreifen, wenn die Absicht hierzu im Vertrag klar zum Ausdruck kommt (n° 267).

296. ... „checks and balances“ *innerhalb des Bundes*. Die Präsidentin bzw. der Präsident.- Innerhalb der Bundesorgane hat die Präsidentin bzw. der Präsident den grössten Einfluss auf den Inhalt der völkerrechtlichen Verträge, da sie bzw. er diese aushandelt (n° 279). Hält sie bzw. er den Abschluss eines *executive agreements* für angebracht und möglich, weil sie bzw. er zu dieser Form auf Grund von Verfassung, Gesetz oder *treaty* berechtigt ist, so kann sie bzw. er legislatorische Kompetenzen ausüben; wenn die Präsidentin bzw. der Präsident einzig gestützt auf die Verfassung ein

¹⁰⁴¹ SCHWARTZ, S. 101

¹⁰⁴² vgl. STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 224-225, der das Zustimmungserfordernis des Senats als ausserordentlich wirksames Instrument zum Schutz der Gliedstaaten vor Kompetenzverlusten einschätzt

presidential executive agreement abschliesst, so kann sie bzw. er sogar unabhängig von der Legislative als alleinige amerikanische gesetzgebende Gewalt wirken (n° 258). Zum Abschluss von *presidential executive agreements* und für den Erlass der Ausführungsbestimmungen benötigt sie bzw. er dabei, im Gegensatz zu innerstaatlichen Akten, keine präzise Verfassungsgrundlage. Der *Supreme Court* anerkennt aber eine solche präsidiale Gesetzgebung nur, wenn sie nicht dem Willen des Kongresses entgegenläuft (n° 280); die Präsidentin oder der Präsident kann also nicht über den Umweg des *executive agreements* ohne den Kongress legislieren. Ein *presidential executive agreement* dürfte deshalb wohl einem früheren Bundesgesetz nicht vorgehen, wenn es neben der allgemeinen Zuständigkeit der Präsidentin oder des Präsidenten für die äusseren Angelegenheiten keine spezifische Grundlage in der Verfassung hat, es sei denn, der Kongress habe sein Einverständnis geäussert, was seit Annahme des *Case Act* 1972 bei fehlendem Protest zu vermuten ist (vgl. n° 258 *in fine*; n° 286). Da Gesetze von den Gerichten indes vertragskonform ausgelegt werden (n° 268), ergeben sich alleweil Einflussmöglichkeiten der Präsidentin oder des Präsidenten.

297. *Fortsetzung. Der Senat.*- Wählt die Präsidentin oder der Präsident dagegen den Weg des *treaties*, so kann er den Vertrag nur abschliessen, wenn zwei Drittel der anwesenden Senatorinnen und Senatoren zustimmen (n° 282).

Falls der Vertrag *self-executing* ist, können Präsidentschaft und Senat über den Umweg des Vertrags landesrechtliche Materien regeln, die sonst in der Zuständigkeit des Kongresses lägen; der völkerrechtliche Vertrag bietet ihnen also ein Mittel, ihre landesrechtlichen Kompetenzen auf Kosten des Repräsentantenhauses auszuweiten. Dies wird in der Lehre kritisiert (n° 282). In der Praxis ist es aber erstens einfacher, eine einfache Mehrheit in beiden Kammern des Kongresses zu erringen. Zweitens wird in der Praxis ein Vorbehalt angebracht, der Vertrag oder gewisse Bestimmungen davon seien *non-self-executing*, wenn eine Materie zum Kompetenzbereich des Kongresses gehört, um damit dessen direkte innerstaatliche Geltung zu verhindern und den Kongress einzubinden (n° 259 u. 283).

298. *Fortsetzung. Der Kongress.*- Diese Kritik an der gewichtigen Position des Senats ist dennoch berechtigt. Die Einbindung des Kongresses durch Non-self-executive-Vorbehalte ist natürlich nicht mit der Mitarbeit an der Ausarbeitung eines Abkommens gleichwertig ist. Die völkerrechtlichen Verträge haben aber seit dem 18. Jahrhundert eine gewichtige innerstaatliche Bedeutung erreicht, was von den Schöpfern der Verfassung nicht vorgesehen war. Sie regeln heute Gegenstände, welche das Individuum unmittelbar betreffen und in der innerstaatlichen Gesetzgebung geregelt sind. Auch im Falle der *treaties* begünstigt zudem die Praxis der vertragskonformen Auslegung die Anwendung der Vertragsbestimmung gegenüber einer landesrechtlichen Bestimmung und damit die Kompetenzen von Präsidentschaft und Senat gegenüber denen

des Kongresses. Die Gesetzgebungskompetenzen des Kongresses sind somit geschwächt worden.

Andererseits hat der Kongress mit der Anerkennung impliziter Kompetenzen und insbesondere auf Grund seiner Zuständigkeit für den Aussenhandel ein gewaltiges aussenpolitisches Gewicht erreicht (n° 285-289). Und wenn ein Vertrag sowieso *non-self-executing* ist, so liegt die Zuständigkeit für die Ausführungsgesetze ohnehin bei ihm (n° 288). Eine Vertragsklausel, welche diese Kompetenz der Präsidentin oder dem Präsidenten einräumte, würde der *Supreme Court* wohl für ungültig erklären mit der im *Steel Seizure Case* vorgebrachten Begründung, „*this is a job for the Nation's lawmakers*“ (n° 280).

Auch der Kongress bringt – insbesondere bei Handelsabkommen (n° 286) – bisweilen den Vorbehalt an, ein Vertrag sei nicht *self-executing*, so dass der Entscheid über die innerstaatliche Geltung und Anwendung (n° 259) in seinen Händen, und nicht bei der Judikative, liegt ¹⁰⁴³.

299. *Fortsetzung. Der Supreme Court.*- Da Verträge dem Bundesrecht nicht vorgehen, ergibt sich für den *Supreme Court* aus ihnen immerhin über die vertragskonformen Auslegung die Möglichkeit, Akte von Exekutive und Legislative zu kontrollieren (n° 268; vgl. n° 294). Mit der von ihm entwickelten Self-executing-Lehre hat der *Supreme Court* im Übrigen dazu beigetragen, dass die Kompetenzen der Legislative gewahrt bleiben (n° 261-263). Und mit zusätzlicher Hilfe von Political-Question- und Act-of-State-Doktrin hat er sich selbst aus der politischen Diskussion herausgehalten (n° 263, 269-270); wenn ein Entscheid aussenpolitische Implikationen haben könnte, verfolgt der *Supreme Court* eine „*hands-off policy*“ (n° 291). Durch die Praxis des Senats und auch des Kongresses, der Ratifikation justiziabler Verträge mit einem Non-self-executing-Vorbehalt zuzustimmen (n° 283, 286), ist die Rolle des *Supreme Court* bei der innerstaatlichen Umsetzung völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen schwächer, als sie sein könnte.

300. *Ergebnis: In der Praxis keine Kompetenzverschiebungen innerhalb der Bundesorgane.*- Auch in Bezug auf die Verträge – *treaties* wie *executive agreements* – besitzen die USA somit ein System von „*checks and balances*“, das eine Kompetenzverschiebung durch Völkerrecht trotz der dominierenden Rolle der Präsidentin bzw. des Präsidenten und des Senats weitgehend ausschliesst, da Verträge und Gesetze gleichrangig sind und der Kongress seinen Gesetzgebungskompetenzen somit jederzeit Nachachtung verschaffen kann. Die USA als Supermacht können es sich dabei erlauben, ihre Vertragspartner gegebenenfalls zu brüskieren. erinnert sei an die Hinrichtung eines Paraguayaners, die trotz Verletzung einer Verfahrensvorschrift des

¹⁰⁴³ FISLER DAMROSCH, S. 212

Wiener Konsularabkommens von 1961 – der Paraguayaner war nicht darauf hingewiesen worden, dass er Kontakt mit Angehörigen seines Konsulats hätte aufnehmen dürfen – und trotz Intervention des Internationalen Gerichtshofs ohne weiteren Aufschub vollstreckt wurde, da die Vertragsverletzung durch das amerikanische Gesetz über Antiterrorismus und die Todesstrafe von 1996 gedeckt werde. Trotz einer internationalen Protestwelle wurde kurz darauf auch noch ein Honduraner exekutiert, bei dem diese Verfahrensvorschrift ebenfalls nicht eingehalten worden war und für den der honduranische Präsident und der Papst Gnadengesuche eingereicht hatten ¹⁰⁴⁴.

E. Schweden

301. *Vorrangstellung des Parlaments.* – Schweden ist nach einer gängigen Formel ein vereinigtes Königreich, in dem der Souverän das Volk ist. Es ist also ein *zentralistischer Staat*, und die *Volkssouveränität* hat eine wichtige Stellung. Dies verdeutlicht der erste Artikel der 1974 totalrevidierten Verfassung (*Regeringsformen*; RF). Er bestimmt: „*Alle öffentliche Gewalt geht vom Volke aus*“. Diese Bestimmung wird konkretisiert durch die Vormachtstellung des Parlaments, des Reichstags (*Riksdag*), das aus 349 Abgeordneten besteht (RF 3:1 ¹⁰⁴⁵). Es verfügt über die grösste demokratische Legitimation und ist seit dem 15. Jahrhundert die tragende Säule des Staates. Wie im Vereinigten Königreich ist in Schweden die *Parlamentssouveränität* deshalb ein fundamentales Prinzip ¹⁰⁴⁶.

Folgerichtig gibt es erstens zwar eine (repressive, diffuse und konkrete) Verfassungsgerichtsbarkeit, doch ist sie in Bezug auf Gesetze des Reichstags beschränkt auf offensichtliche Verstösse gegen die Verfassung, und die Stellung der Gerichte ist eher schwach; sie ordnen sich dem demokratisch legitimierten Parlamentswillen unter. Den Materialien zur Entstehung der Gesetze wird bei der Auslegung

¹⁰⁴⁴ NZZ Nr. 86 vom 15. April 1998, S. 3; NZZ Nr. 88 vom 17. April 1998, S. 3; NZZ Nr. 93 vom 23. April 1998, S. 5

¹⁰⁴⁵ Die Verfassung ist in Kapitel und Paragraphen gegliedert, die bei jedem Kapitel neu bei eins beginnen; RF 3:1 bedeutet Kapitel 3 Paragraph 1 der Verfassung. Sie ist in HOLMBERG/STJERNQUIST, S. 39 ff. auf Deutsch abgedruckt. Eine englische Version ist unter www.riksdagen.se/english/work/fundamental/government/index.htm abrufbar.

¹⁰⁴⁶ B. COTTIER, S. 244-246; CAMERON, S. 20 u. 23; HOLMBERG/STJERNQUIST, S. 12; MILES, S. 19; NYMAN, S. 51, 56-57

deshalb – anders als in Deutschland, n° 91 – eine grosse Bedeutung beigelegt¹⁰⁴⁷: Im Zweifelsfall halten sich die Richterinnen und Richter an die in den Materialien gegebene Auslegung einer Norm. Sie enthalten sich einer rechtsschöpferischen Rechtsprechung. Unter dem Einfluss der EMRK und insbesondere des Gemeinschaftsrechts dürften die Gerichte aber ein wachsendes Gewicht erhalten, da hier der Grundsatz gilt, dass die Gerichte bei der Rechtsanwendung über den politischen Behörden stehen.

Zweitens untersteht die Verfassungsrevision folgerichtig keinen materiellen Schranken. Eine Verfassungsrevision muss vom *Riksdag* zweimal angenommen werden, wobei der zweiten Abstimmung eine Erneuerungswahl des Reichstags vorausgeht. Über die Revision findet zugleich mit den Erneuerungswahlen eine Volksabstimmung statt, wenn dies mindestens ein Drittel der Abgeordneten beschliesst. Die Abstimmung – bislang hat noch keine stattgefunden – hat nur eine abrogative Wirkung: Die Verfassungsrevision ist bei einem negativen Ergebnis definitiv abgelehnt; stimmt das Volk dagegen der Verfassungsrevision zu, ist dennoch eine zweite Abstimmung mit positivem Ausgang im Parlament nötig¹⁰⁴⁸. Als Besonderheit der schwedischen Rechtsordnung bestehen neben der *Regeringsformen* vier weitere Gesetze von Verfassungsrang: das Thronfolgegesetz (*Successionordningen*, 1979), das Pressefreiheitsgesetz (*Tryckfrihetsförordningen*, 1988) und sein Pendant für die elektronischen Medien, das Meinungsfreiheitsgesetz (*Yttrandefrihetsgrundlagen*, 1991). Eine Zwischenstellung zwischen diesen Grundgesetzen und den gewöhnlichen Gesetzen nimmt die Geschäftsordnung des Reichstags ein (*Riksdagsordningen*, 1988); sie besteht aus Nebenbestimmungen, die wie bei gewöhnlichen Gesetzen geändert werden können, und Hauptbestimmungen, welche nur nach dem für die Grundgesetze vorgesehenen Verfahren oder durch einen qualifizierten Beschluss des Reichstags geändert werden können¹⁰⁴⁹.

Drittens schliesslich ist auch die Stellung der Regierung (*Regeringen*) eher schwach. Sie ist zwar der politische Motor des Staates. Wenn sie im Parlament über eine klare Mehrheit verfügt, ist sie das Organ, das in der Praxis die politischen Entscheide fällt; wenn Regierungs- und Oppositionsparteien aber fast gleich stark sind, liegt das Machtzentrum beim Reichstag¹⁰⁵⁰. Zudem ist die Regierung nicht der Kopf der Verwaltungsbehörden. Diese geniessen vielmehr eine in der Verfassung garantierte Unabhängigkeit – von der Regierung ebenso wie vom Parlament (RF 11:7). Die Verwaltungsbehörden sind also unabhängig im Erlass von Vollzugsverordnungen und Verfügungen. Die fehlende zentralistische Organisation der Verwaltung ist im Bereich

¹⁰⁴⁷ s. BOGDAN, S. 3; B. COTTIER, S. 244; CAMERON, S. 25 *in fine*

¹⁰⁴⁸ vgl. B. COTTIER, S. 246

¹⁰⁴⁹ HOLMBERG/STJERNQUIST, S. 20-21; B. COTTIER, *ibid.*, S. 245

¹⁰⁵⁰ LINDSTRÖM, S. 9

der auswärtigen Angelegenheiten, wo eine einheitliche Haltung nach aussen nötig ist, nicht unproblematisch ¹⁰⁵¹. Der Beitritt zur EU stärkte die Position der Regierung, die alleine direkt an den Entscheiden beteiligt ist. Der zentralen Rolle des Reichstags wurde aber mit der Schaffung der Beratenden Kommission für EU-Angelegenheiten Rechnung getragen, die es ihm erlauben soll, auf die laufenden Geschäfte der EU Einfluss zu nehmen.

1. Die innerstaatliche Stellung des Völkerrechts

302. *Dualismus.*- Die skandinavischen Länder sind dualistisch. Sie akzeptieren in der innerstaatlichen Rechtsordnung grundsätzlich keine Anwendung des Völkerrechts, wenn dieses nicht zuvor in Landesrecht transformiert wurde. Es handelt sich dabei nach INGRID DETTER um ein politisches, oft auf der sozialistischen Lehre beruhendes Unbehagen gegenüber der innerstaatlichen Anwendung des Völkerrechts. In Schweden wurde sogar in Regierungsberichten die Meinung vertreten, der Staat sei frei, zwischen dem dualistischen und dem monistischen System zu wählen, um durch die Wahl des Dualismus den völkerrechtlichen Pflichten zu entgehen – was natürlich nicht stimmt (n° 67) ¹⁰⁵². Dabei nahmen die skandinavischen Staaten bisweilen eine zwiespältige Haltung ein: Während sie zu Hause die innerstaatliche Wirksamkeit aller internationalen Normen, sogar solcher des Menschenrechtsschutzes, ablehnten, bekräftigten sie die Geltung und Anwendbarkeit des völkerrechtlichen Apartheid-Verbotes in Südafrika und unterstützten gewissenhaft die internationalen Sanktionen ¹⁰⁵³.

303. *Die Schule von Uppsala.*- Die sogenannte „Schule von Uppsala“ lehrte, dass das Völkerrecht ein religiös angehauchter Aberglaube sei, der die Souveränität des Staates untergrabe ¹⁰⁵⁴. Diese Lehre, welche frühere philosophische und juristische Anschauungen fortführte, wurde insbesondere von LUNDSTEDT in den Dreissigerjahren entwickelt ¹⁰⁵⁵. Die (sozialistische) Regierung Schwedens übernahm die Theorie LUNDSTEDTS und behauptete, völkerrechtliche Normen in der internen Rechtsordnung nicht beachten zu müssen, was den Staat stärke. Die Theorie wurde auch von den

¹⁰⁵¹ B. COTTIER, S. 244; HOLMBERG/STJERNQUIST, S. 26

¹⁰⁵² DETTER, *Order*, S. 4, 166-167

¹⁰⁵³ DETTER, *Law*, S. 182 u. 23-24, und *Order*, S. 21

¹⁰⁵⁴ DETTER, *Law*, S. 4-5; HANS HEINRICH VOGEL, *Der skandinavische Rechtsrealismus*, Frankfurt a.M. 1972, S. 19-43

¹⁰⁵⁵ ANDRES VILHELM LUNDSTEDT, *Law of nations: Superstitions of the People*, 1939; scharfe Kritik von GUSTAV A. WALZ, *Das Wesen des Völkerrechts und die Kritik der Völkerrechtsverleugner*, 1930

Juristinnen und Juristen aufgenommen, die immer noch stark von ihr beeinflusst sind; zwei oder drei Generationen von schwedischen Studentinnen und Studenten haben gelernt, dass der Staat auf seinem Territorium alles machen könne, was er wolle. Die Juristinnen und Juristen der ganzen Welt anerkannten heute, dass die staatliche Souveränität durch das Völkerrecht in Bezug auf Handlungen gegen die eigenen Staatsangehörigen stark eingeschränkt sei, schrieb DETTER 1993, ausser diejenigen Chinas, Kubas, Serbiens, Norwegens und Schwedens ¹⁰⁵⁶.

a) Allgemeine Regeln des Völkerrechts

304. *Verweise in Strafgesetzen.*- Anders als in anderen dualistischen Staaten (vgl. Deutschland, n° 75) fehlen in Schwedens Verfassung Bestimmungen zur Übernahme des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts und der allgemeinen Rechtsgrundsätze ins Landesrecht. In einigen Gesetzen finden sich aber Verweise auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze, so im Strafgesetzbuch von 1962. Par. 2:7 ¹⁰⁵⁷ bestimmt, dass neben den Bestimmungen in diesem Kapitel über die Anwendbarkeit des schwedischen Rechts und die Zuständigkeit der schwedischen Gerichte den Beschränkungen besondere Beachtung geschenkt werden solle, die sich aus den allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen des Völkerrechts oder, in Übereinstimmung mit besonderen Gesetzesvorschriften, aus Abkommen mit anderen Staaten ergeben. Und Par. 22:6 stellt Verbrechen gegen das Völkerrecht (*folkrättsbrott*) unter Strafe: „*Wer einen Vertrag oder ein Abkommen mit einem ausländischen Staat schwer verletzt, oder einem allgemein anerkannten Grundsatz des Völkerrechts oder einem Grundsatz des humanitären Völkerrechts zuwiderhandelt, wird des Verbrechens gegen das Völkerrecht für schuldig erklärt und zu einer Gefängnisstrafe verurteilt.*“ Ein Gesetz über die Übereinstimmung mit dem Völkerrecht in Bezug auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit bestimmter ausländischer Personen von 1953 schliesslich schreibt vor, dass die schwedischen Behörden sich an die völkerrechtlichen Verträge und die allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze des Völkerrechts halten müssen, wenn sie ein Verfahren gegen Kriegsverbrecher durchführen. Diese Verweise auf allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze des Völkerrechts sind nach Ansicht der Lehre als Bezugnahme auf das gesamte Völkergewohnheitsrecht zu lesen ¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵⁶ DETTER, *Law*, S. 5; EADEM, *Order*, S. 3-4

¹⁰⁵⁷ Das Strafgesetzbuch ist wie die Verfassung (Fn. 1045) in Kapitel und Paragraphen gegliedert, die mit jedem Kapitel wieder bei eins beginnen; Par. 2:7 bedeutet Kapitel 2 Paragraph 7.

¹⁰⁵⁸ s. zum Ganzen BOGDAN, S. 4-6

305. *Bisweilen unmittelbare Geltung und direkte Anwendung.*- Diese spezifischen Verweise auf allgemeine Regeln des Völkerrechts bedeuten nach Ansicht der Lehre nicht, dass die Gerichte das Völkerrecht auch in anderen Fällen beachten sollten ¹⁰⁵⁹. Vielmehr erlangt nach DETTER keine völkerrechtliche Norm unmittelbar innerstaatliche Geltung, nicht einmal die grundlegendsten Regeln des Menschenrechtsschutzes ¹⁰⁶⁰. Die Gerichtspraxis ist aber weniger eindeutig. Im Fall *La Rigmor* (1942) entschied das Oberste Gericht (*Högsta Domstolen*), grundsätzlich und mit verschiedenen Ausnahmen müsse die Immunität der ausländischen Staaten als im schwedischen Recht anerkannt gelten ¹⁰⁶¹. In *Von Herder* (1946, nach dem 2. Weltkrieg) hatte es den Fall eines wegen Spionage gegen Schweden angeklagten Deutschen zu beurteilen. Dieser machte geltend, er habe auf Befehl seiner Vorgesetzten gehandelt. Das Gericht sprach ihn frei auf Grund eines Grundsatzes des Völkerrechts, der im schwedischen Recht anzuwenden sei ¹⁰⁶². Diese Fälle zeigen nach ERADES nicht, ob das Völkerrecht als solches oder transformiert angewendet werde ¹⁰⁶³. Jedenfalls aber beachten die schwedischen Gerichte bisweilen allgemeine Regeln des Völkerrechts, ohne dass ein Gesetz sie dazu ermächtigt ¹⁰⁶⁴.

306. *Völkerrechtskonforme Auslegung.*- Auch wenn also umstritten ist, ob die allgemeinen Regeln des Völkerrechts unmittelbar Geltung erlangen können oder nicht, müssen die schwedischen Gerichte jedenfalls die innerstaatlichen Erlasse wenn möglich völkerrechtskonform auslegen. Es wird vermutet, dass der Reichstag und die Regierung in ihrer gesetzgeberischen Tätigkeit das Völkerrecht beachten wollen. Wenn der Wortlaut eines Erlasses zweideutig ist und ein möglicher Sinn völkerrechtswidrig wäre, so wird von den Gerichten normalerweise erwartet, dass sie die völkerrechtskonforme Auslegung wählen. Die Gerichte scheinen noch einen Schritt weiter zu gehen und zu vermuten, dass das schwedische Recht einen stillschweigenden Vorbehalt zu Gunsten des Völkerrechts enthält. So gewähren sie z.B. ausländischen Staaten in Zivilstreitigkeiten Immunität, obwohl das schwedische Recht dies nicht vorsieht ¹⁰⁶⁵.

307. *Rang.*- Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts gehen dem internen Recht nach. Wenn keine völkerrechtskonforme Auslegung möglich ist oder kein stillschweigender Vorbehalt angenommen werden kann, z.B. wenn der Reichstag absichtlich

¹⁰⁵⁹ BOGDAN, S. 5

¹⁰⁶⁰ DETTER, *Law*, S. 187

¹⁰⁶¹ Entscheid vom 17. März 1942; 10 AD Nr. 63, S. 242

¹⁰⁶² Entscheid vom 1. Februar 1946, 13 AD Nr. 41, S. 96; *Nytt Juridiskt Arkiv* 1946, S. 45

¹⁰⁶³ LAMBERTUS ERADES, in: Malgovia Fitzmaurice/Cees Flintman (Hrsg.), *Interactions between International and Municipal Law: A comparative Case Law Study*, Den Haag 1993, S. 882

¹⁰⁶⁴ BOGDAN, S. 6

¹⁰⁶⁵ *ibid.*, S. 5-6

gegen solche Regeln verstösst, wird von den Gerichten erwartet, dass sie das schwedische Recht anwenden. Wird eine völkerrechtliche Regel in Landesrecht transformiert, hat sie den selben Rang wie der Transformationsakt. Dieser muss daher den Rang haben, der auf Grund der Verfassung nötig ist, um das entsprechende Gebiet zu regeln. Wenn also z.B. ein Gegenstand gemäss Verfassung nicht durch eine Verordnung der Regierung (*förordning*) geregelt werden kann, sondern auf Gesetzesstufe zu regeln ist, muss der Transformationsakt ein Parlamentsgesetz (*lag*) sein ¹⁰⁶⁶.

b) Völkerrechtliche Verträge

308. *Geltung: Dualismus.*- Im 19. Jahrhundert gingen die schwedischen Gerichte noch von der unmittelbaren Geltung der internationalen Abkommen aus. Die Auffassung änderte dann. Im Entscheid *Grimmestam* (1963) beispielsweise entschied das Stockholmer Kriminalgericht, ein völkerrechtlicher Vertrag habe ohne Vollzugsgesetz keine innerstaatliche Wirkung ¹⁰⁶⁷. Die Frage der Geltung – unmittelbar oder nicht – blieb aber bis in die Siebzigerjahre umstritten, als das Oberste Gericht und das Oberste Verwaltungsgericht (*Regeringsrätten*) sich zu Gunsten der dualistischen Theorie aussprachen (*infra*, n° 313). Doch haben diese Entscheide die Diskussionen über die Vorteile des monistischen resp. dualistischen Systems nicht zum Schweigen gebracht: *"It is, however, difficult for a non-Swede to understand the somewhat dogmatic arguments sometimes advanced both for and against giving treaties a stronger position in domestic law which one occasionally comes across in the Swedish debate"*, bemerkt dazu JENSEN ¹⁰⁶⁸. Vorherrschend ist heute aber die Ansicht, dass ein Vertrag nur dann innerstaatlich beachtlich ist, wenn er durch ein Gesetz in Landesrecht transformiert wurde ¹⁰⁶⁹.

Weder die Verfassung noch ein anderer Erlass enthalten eine Bestimmung über die Stellung der völkerrechtlichen Verträge in der schwedischen Rechtsordnung. RF 10:2 macht aber in gewissen Fällen den Abschluss eines Vertrags von der Genehmigung des Parlaments abhängig (s. *infra*, n° 330), was in der Lehre als Bestätigung des Dualismus aufgefasst wird. Bestärkt wird sie in dieser Auffassung vom oben (n° 304) zitierten Art. 2:7 des Strafgesetzbuches, wonach die Gerichte allgemein

¹⁰⁶⁶ *ibid.*, S. 6

¹⁰⁶⁷ Entscheid vom 22. April 1963, zit. in ERADES (Fn. 1063), S. 937

¹⁰⁶⁸ JENSEN, S. 70; s. als Beispiel DETTER, *Law*, S. 187: *"(...) any political party which adopts, as a central part of its policy, the view that all international rules, even those on basic Human Rights, have to be converted into internal rules, must, together with their electorate, be aware that they are endorsing a constitutional system only operated by Hitler, Stalin and a few other totalitarian rulers."*

¹⁰⁶⁹ BOGDAN, S. 6-7; B. COTTIER, S. 251

anerkannte Rechtsgrundsätze des Völkerrechts ohne weiteres, Verträge aber nur in Übereinstimmung mit besonderen Gesetzesvorschriften zu beachten haben ¹⁰⁷⁰.

309. *Die Methoden: Vollzugsbefehl, Transformationsgesetz, Verweis.*- Die Verträge werden durch einen blossen Vollzugsbefehl transformiert, indem der Reichstag ein Gesetz verabschiedet, das den Vertrag als innerstaatlich anwendbar erklärt, oder der Vertrag wird durch ein Transformationsgesetz ins Landesrecht übernommen, ohne den Vertrag dabei unbedingt zu erwähnen. Auch Kombinationen kommen vor. Das umfangreiche EWR-Abkommen von 1992 z.B. wurde in all seinen 13 authentischen Sprachversionen durch Vollzugsbefehl übernommen. Zusätzlich wurden Teile davon in schwedische Gesetze transformiert. Und schliesslich verweisen einige Gesetze, wie etwa das oben (n° 304) erwähnte Strafgesetzbuch, nicht auf einen bestimmten Vertrag, sondern auf alle vertraglichen Regeln zu einem bestimmten Problemkreis, z.B. zur Strafgerichtsbarkeit oder dem humanitären Völkerrecht (*supra*, n° 234). Die Wahl zwischen den Methoden erfolgt auf Grund praktischer Gesichtspunkte ¹⁰⁷¹.

Wenn die Regierung der Ansicht ist, das schwedische Recht erfülle bereits die Anforderungen eines Abkommens, erfolgt überhaupt kein gesetzgeberischer Akt. Auch wenn von einem Vertrag nur der Staat als solcher betroffen ist, wie z.B. bei einem Vertrag zwischen Schweden und einem Drittweltland über Entwicklungshilfe, erfolgt keine Transformation, da solche Verträge nicht vor schwedische Gerichte kommen und damit eine Transformation in Landesrecht unnötig ist ¹⁰⁷².

310. *Anwendung.*- Ohne einen der eben genannten Rezeptionsakte haben völkerrechtliche Verträge keine landesrechtliche Geltung. Sie werden diesfalls von den Gerichten auch nicht angewendet, um Rechte und Pflichten von Individuen abzuleiten – dies, obschon das Parlament den Verträgen vor der Ratifikation zustimmt (*infra*, n° 330). Der Grund für diese Haltung ist deshalb (anders als im Vereinigten Königreich, n° 197) in erster Linie in der Sorge um die Rechtssicherheit (*rättssäkerhet*) zu sehen. In zweiter Linie sind aber auch Gründe der Gewaltenteilung ausschlaggebend: Die Gerichte hätten sonst zu entscheiden, ob eine Vertragsnorm genügend klar und bestimmt ist, um *self-executing* zu sein. Dies wäre in der schwedischen Rechtstradition eine Usurpation der Rolle des Reichstags: “*After all*”, argumentiert CAMERON hierzu in einer für uns eher unorthodoxen Weise, “*most rights cost money, and in the end it is the taxpayer who pays. Even if arguments could be found that the Swedish courts should take such a power, it is clear that this would lead to costs to society in the form of litigation, ineffective use of scarce judicial resources, and risks of conflicting findings*”

¹⁰⁷⁰ BOGDAN, S. 7; CAMERON, S. 41

¹⁰⁷¹ BOGDAN, S. 9-10; DETTER, Law, S. 187

¹⁰⁷² BOGDAN, S. 11

in the administrative and ordinary courts.”¹⁰⁷³ Die Kohärenz dieser ablehnenden Haltung gegenüber nichttransformiertem Vertragsrecht wird allerdings dadurch in Frage gestellt, dass einige EG-Richtlinien und EG-Verträge mit Drittstaaten in Schweden unmittelbar Geltung und Anwendung haben können (vgl. *infra*, n° 325)¹⁰⁷⁴.

311. *Völkerrechtskonforme Auslegung.*- Die Gerichte haben das schwedische Recht allgemein so auszulegen, dass die völkerrechtlichen Verpflichtungen Schwedens nicht verletzt werden. Das gilt auch, wenn ein Transformationsgesetz unklar oder zweideutig ist. Durch den Grundsatz der vertragskonformen Auslegung (*fördragskonform tolkning*) werden die Verträge wie das übrige Völkerrecht in einem gewissen Ausmass trotz des dualistischen Systems zu einer Quelle des Landesrechts¹⁰⁷⁵.

312. *Rang.*- Wie in dualistischen Staaten üblich, erhält der Vertrag den Rang des Transformationsaktes. Dieser muss deshalb mindestens den Rang haben, den seine Bestimmungen erhalten würden, wenn sie nicht in einem Vertrag, sondern einem landesrechtlichen Erlass enthalten wäre (vgl. n° 235)¹⁰⁷⁶. Konflikte werden aber nicht nach den üblichen Kollisionsregeln (*lex posterior, specialis, etc.*) gelöst, sondern das landesrechtliche Gesetz hat immer Vorrang, selbst vor dem Transformationsgesetz. Die Gerichte nehmen zudem recht schnell einen Konflikt an¹⁰⁷⁷.

313. *Die EMRK. Vor der Transformation.*- Schweden hat die EMRK am 4. Februar 1952 ratifiziert. Schweden gehört damit nach dem Vereinigten Königreich (n° 218) und Norwegen zu den ersten Staaten, die die EMRK ratifiziert haben. Regierung und Parlament waren damals der Meinung, das schwedische Recht erfülle die Anforderungen der EMRK. Deshalb wurde auf eine Transformation ins Landesrecht lange verzichtet (wie im Vereinigten Königreich, n° 218). Erst am 1. Januar 1995 trat das *Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna*, also das Gesetz über die EMRK, in Kraft, welches die EMRK in Landesrecht transformiert¹⁰⁷⁸. Doch wie wurden die aus der EMRK fließenden Verpflichtungen zuvor gehandhabt?

Anfangs war die Wirkung der EMRK umstritten. Erst mit zwei als *transformeringsdomar* bekannten Entscheiden wurde in den Siebzigerjahren klar, dass in Schweden das dualistische System gilt, nämlich mit dem Entscheid des Obersten Gerichts i.S. *Sandström* (1973) und dem Urteil des Obersten Verwaltungsgerichts

¹⁰⁷³ CAMERON, S. 41-42

¹⁰⁷⁴ *ibid.*, S. 41

¹⁰⁷⁵ vgl. BOGDAN, S. 11

¹⁰⁷⁶ *ibid.*, S. 7

¹⁰⁷⁷ JENSEN, S. 62

¹⁰⁷⁸ *ibid.*, S. 71-72; CAMERON, S. 20

i.S. *Engquist* (1974). In beiden Fällen hatten die Kläger geltend gemacht, das schwedische Gesetz sei nicht EMRK-konform und deshalb ungültig. In beiden Fällen entschieden die Gerichte, dass ein Vertrag in schwedisches Recht transformiert werden müsse, um Rechte und Pflichten für Einzelne schaffen zu können; dass der Reichstag die EMRK nicht transformiert habe; dass er vor der Ratifikation nur erklärt habe, das schwedische Recht erfülle vollumfänglich die Anforderungen der EMRK; und dass deshalb die EMRK keine von Einzelpersonen anrufbare Rechte und Pflichten begründe¹⁰⁷⁹.

314. *Fortsetzung. Introvertierte Auslegung.*- Diese beiden Entscheide wurden vereinzelt kritisiert, da das Erfordernis der Transformation nicht für alle Verträge gelte. Andere kritisierten sie, weil die Gerichte die Garantien der EMRK überhaupt nicht in ihre Überlegungen einbezogen hatten¹⁰⁸⁰. Im vom Obersten Gericht beurteilten Fall hatte der Kläger behauptet, Art. 11 EMRK verpflichte die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber zum Abschluss von Kollektivarbeitsverträgen mit den Gewerkschaften. Das stimmt natürlich nicht. Aber das Gericht führte nur aus, wenn das Parlament der Ansicht gewesen wäre, aus der EMRK ergäben sich diese Verpflichtung, so hätte es das schwedische Recht der EMRK angepasst; da es dies nicht getan habe, könne Art. 11 EMRK nicht den vom Kläger behaupteten Sinn haben. Der Grundsatz der vertragskonformen Auslegung wurde damit zu einer reinen Formalität reduziert. Das Oberste Gericht und das Oberste Verwaltungsgericht entschieden zudem, dass die Verwaltungsbehörden nicht durch die EMRK gebunden seien. Das bedeutete, dass die Verwaltungsbehörden die Garantien der EMRK nicht weiter in Betracht zu ziehen hatten, und einige Ämter schlossen daraus offenbar sogar, sie *dürften* sie nicht in Betracht ziehen¹⁰⁸¹.

315. *Fortsetzung. Öffnung.*- In den Achtzigerjahren änderten die Gerichte ihre Haltung, und sie begannen langsam, die EMRK als Rechtsquelle in Betracht zu ziehen. Die EMRK und die Rechtsprechung der Strassburger Organe waren zwar rechtlich nicht bindend für sie, doch wussten die Gerichte, dass EMRK-widrige Entscheide eine Verurteilung in Strassburg nach sich ziehen konnten. Wurde Schweden verurteilt, so musste es seine Gesetze ändern. Deshalb legten die Gerichte das schwedische Recht EMRK-konform aus. Doch bei einem klaren Widerspruch zu einem Gesetz oder selbst einer Verordnung waren (und sind) diese anzuwenden: Es war am Reichstag zu

¹⁰⁷⁹ CAMERON/ERIKSSON, S. 116; BOGDAN, S. 7-8; CAMERON, S. 41

¹⁰⁸⁰ CAMERON/ERIKSSON, *ibid.*

¹⁰⁸¹ *ibid.*, S. 117; JENSEN, S. 103; CAMERON, S. 45

entscheiden, ob die EMRK in Landesrecht zu transformieren sei und welchen Rang sie dort haben sollte ¹⁰⁸².

Die Verwaltung dagegen zog die EMRK weiterhin nicht in Betracht. Die Kontrollbehörde der Verwaltung, der *Justitieombudsman*, vertrat die Ansicht, dass sie dazu nicht verpflichtet sei. Sie machte jedoch den Reichstag auf nicht EMRK-kompatibles Recht aufmerksam. Nach CAMERON und ERIKSSON zögerte die Verwaltung aber eher aus praktischen als aus dogmatischen Gründen, die EMRK und die Strassburger Rechtsprechung zu beachten: Diese waren auf schwedisch nicht verfügbar ¹⁰⁸³.

316. *Die Transformation. Rang.*- Mit dem Transformationsgesetz (vgl. n° 313) hat die EMRK Gesetzesrang erhalten. Um Kollisionen mit dem übrigen Gesetzesrecht zu vermeiden, wurde gleichzeitig die Verfassungsbestimmung aufgenommen, dass keine EMRK-widrigen Gesetze oder Verordnungen erlassen werden dürfen (RF 2:23). Diese Bestimmung war umstritten, da sie die Möglichkeit einer gerichtlichen Beeinträchtigung der Parlamentsouveränität eröffnete, die in Schweden noch eifersüchtiger geschützt wird als im Vereinigten Königreich ¹⁰⁸⁴. Denn gemäss RF 11:14 müssen die Gerichte und Verwaltungsbehörden die schwedischen Erlasse auf ihre Verfassungsmässigkeit prüfen. Verfassungswidrigen Erlassen haben sie die Anwendung zu versagen, wobei bei Gesetzen oder Verordnungen der Regierung die Verfassungswidrigkeit offensichtlich sein muss; dieser Vorbehalt ist das Ergebnis eines mühevoll zu Stande gekommenen Kompromisses zwischen jenen, die in der Verfassungsgerichtsbarkeit eine Garantie für die Grundrechte sahen, und jenen, die sie wegen der Gefahr von Konflikten zwischen Legislative und Exekutive ablehnten ¹⁰⁸⁵. Die EMRK hat nun zwar wie erwähnt nicht Verfassungs-, sondern nur Gesetzesrang, aber konventionswidrige Erlasse verstossen auch gegen die eingangs erwähnte Verfassungsvorschrift von RF 2:23 und werden somit indirekt nach der Regel von RF 11:14 geprüft. Demnach haben die rechtsanwendenden Behörden nur offensichtlich gegen RF 2:23 verstossenden – und damit offensichtlich konventionswidrigen – Gesetzen und Regierungsverordnungen die Anwendung zu versagen, während rangtiefere Erlasse – d.h. solche von Verwaltungsbehörden und lokalen Behörden – bei jeder Konventionswidrigkeit nicht anzuwenden sind. Aus den Materialien zur Entstehung des Transformationsgesetzes, die in Schweden wie eingangs erwähnt (n° 301) generell eine grosse Bedeutung zur Auslegung eines Erlasses haben, geht zudem hervor, dass die Behörden auch die Rechtsprechung der Strassburger Organe zu beachten haben. Weiter

¹⁰⁸² CAMERON/ERIKSSON, S. 118; BOGDAN, S. 8-9; CAMERON, *ibid.*

¹⁰⁸³ CAMERON/ERIKSSON, S. 119

¹⁰⁸⁴ CAMERON, S. 23

¹⁰⁸⁵ HOLMBERG/STJERNQUIST, S. 27

ergibt sich aus den Materialien, dass auch die vor dem Inkrafttreten des Transformationsgesetzes erlassenen Gesetzesbestimmungen auf ihre Konventionskonformität zu prüfen sind. Das Oberste Verwaltungsgericht hat dies in einem Urteil von 1997 bestätigt ¹⁰⁸⁶.

Schweden hat also ein diffuses System der Verfassungsgerichtsbarkeit, von dem auch die EMRK profitiert. In der Praxis haben aber nur die höheren Gerichte genügend Selbstvertrauen, um ein Gesetz oder eine Verordnung der Regierung für verfassungswidrig zu erklären und nicht anzuwenden ¹⁰⁸⁷.

317. *Priorität der Legislative ...*- Das Parlament akzeptierte den Einbezug der EMRK in die Verfassungsgerichtsbarkeit nur sehr widerwillig. Es konnte sich in dieser Haltung von der Lehre bestärkt sehen, welche die Abwesenheit von Verfassungsgerichtsbarkeit als Ausdruck politischer Gesundheit betrachtet. Die Hauptverantwortung für die Sicherstellung der Beachtung der sich aus der EMRK ergebenden Verpflichtungen liegt gemäss den Materialien zur Entstehung des Transformationsgesetzes nicht bei den Gerichten, sondern beim Parlament. Im Gesetzgebungsverfahren wird deshalb auch die EMRK-Kompatibilität geprüft. Dazu werden häufig auch die juristischen Fakultäten der Universitäten und der Gesetzgebungsrat (*Lagrådet*), der zur Hauptsache aus ehemaligen und aktiven Richterinnen und Richtern der höchsten Gerichte und anderen reputierten Juristen besteht, einbezogen (RF 8:18) ¹⁰⁸⁸.

318. *... und der kollisionslösenden Auslegung.*- Wenn das Parlament der Ansicht war, ein Gesetz sei EMRK-konform, so werden die Gerichte nur sehr zögernd von dieser Ansicht abweichen ¹⁰⁸⁹. Und offensichtlich verfassungswidrig gemäss RF 11:14 (n° 316) sind Gesetze und Verordnungen nur, wenn der Konflikt nicht durch die Auslegung beseitigt werden kann. Die Materialien zur Entstehung von RF 11:14 führen zudem aus, dass ein Konflikt umso weniger offensichtlich sei, je offener die höherrangige Norm formuliert sei; die meisten EMRK-Normen sind aber offen formuliert. Da es – so CAMERON – unangemessen ist, den durch den Reichstag zum Ausdruck gebrachten Willen des Volks durch die Gerichte zu korrigieren, müssen diese dem Parlament einen Ermessensspielraum einräumen ¹⁰⁹⁰.

In den Materialien wurde auch deutlich gemacht, dass RF 2:23 (n° 316) nur als letzter Ausweg in Ausnahmefällen angewendet werden soll. Zuvor müssen die Gerichte den Konflikt mittels Auslegung zu überwinden suchen. Das Parlament hat den

¹⁰⁸⁶ CAMERON, S. 34

¹⁰⁸⁷ *ibid.*, S. 24

¹⁰⁸⁸ *ibid.*, S. 27-29, 50; CAMERON/ERIKSSON, S. 120; HOLMBERG/STJERNQUIST, S. 23

¹⁰⁸⁹ CAMERON, S. 53

¹⁰⁹⁰ *ibid.*, S. 51

Gerichten verschiedene Auslegungsmethoden als Alternative zur unbehaglichen, „undemokratischen“ Verfassungsgerichtsbarkeit empfohlen. Dabei ist nach den Grundsätzen *lex posterior* und *lex specialis*, dem Grundsatz der vertragskonformen Auslegung sowie einer vom Obersten Gericht vorgeschlagenen Variante vorzugehen, nämlich dem Grundsatz, dass Menschenrechtsverträgen im Falle eines Konflikts mit anderen Normen eine besondere Bedeutung zu geben sei. Dieser letzte Grundsatz war vom Obersten Gericht ursprünglich an Stelle des jetzigen RF 2:23 als eigentliche Vorrangregel zu Gunsten der EMRK vorgeschlagen worden, doch wurde dies vom Reichstag abgelehnt. Er wurde statt dessen in den Materialien nur in die Liste der Methoden zur Vermeidung der Verfassungsgerichtsbarkeit aufgenommen. Seine Bedeutung dürfte nun dieselbe sein wie der Grundsatz der vertragskonformen Auslegung¹⁰⁹¹. Schwedische Gerichte sind es jedoch eher gewohnt, die allgemeinere Norm konform zur spezielleren auszulegen. Zudem sehen sie ihre Rolle darin, den sich aus den Materialien zur Entstehung der Norm ergebenden Willen des Parlaments festzustellen und nicht darin, rechtschöpferisch tätig zu werden. Die EMRK ist aber sehr allgemein formuliert und verlangt von Gerichten eine schöpferische Konkretisierung. Sie gibt den schwedischen Gerichten einen für sie laut CAMERON unerfreulichen Ermessensspielraum. Er vermutet, dass die Gerichte deshalb versucht sein könnten, das Vorhandensein einer EMRK-Garantie zu verneinen, wenn kein bereits bestehendes Mittel zu ihrer Verwirklichung – wie z.B. der Zugang zu einem Gericht im Falle der Rechtsweggarantie von Art. 6 EMRK – vorhanden ist. Die Einstellung der schwedischen Richterinnen und Richter ändert sich aber langsam unter dem Einfluss der EMRK und insbesondere des Gemeinschaftsrechts: Da für sie zu dessen Entstehung keine Materialien greifbar sind und die Rechtsprechung ein grosses Gewicht hat, haben die Gerichte die Tendenz, hier ihren Ermessensspielraum zu vergrössern¹⁰⁹².

Auf der anderen Seite führt die grosse Zurückhaltung der schwedischen Gerichte auch dazu, dass sie ein Gesetz lieber unter Berufung auf RF 11:14 gar nicht anwenden, als es konventionskonform auszulegen. Dies geschah mit dem Gesetz über politische Uniformen von 1930, welches das Tragen von Uniformen oder Zeichen, welche die politische Überzeugung zum Ausdruck bringen, verbietet. Das Gesetz war gegen demokratiefeindliche Gruppierungen gerichtet, aber es ist so allgemein formuliert, dass das Verbot auch demokratische Vereinigungen umfasst. Im konkreten Fall, der einen Neo-Nazi betraf, wäre das Verbot nicht stossend gewesen. Doch war das Gesetz nach seinem gewöhnlichen Sinn gemäss dem Appellationsgericht für Westschweden in einer demokratischen Gesellschaft unannehmbar. Dieser gewöhnliche Sinn hätte zwar konventionskonform enger ausgelegt werden können. Aber das soziale Interesse, vom gewöhnlichen Sinn eines Strafgesetzes nicht abzuweichen, überwiegt

¹⁰⁹¹ *ibid.*, S. 23-24, 33-38, 50

¹⁰⁹² *ibid.*, S. 43 u. 52

laut CAMERON. Eine Abweichung würde der Polizei und der Staatsanwaltschaft zudem einen unannehmbaren Ermessensspielraum geben. *“The courts in Sweden have, traditionally, not had the necessary prestige (or mandate) to engage in overt rule-making on such a scale (and, besides, in such a politically sensitive area).”* ¹⁰⁹³. Das Gericht war der Ansicht, eine solche einschränkende Auslegung wäre Sache der Legislative. Es rief RF 11:14 an, wandte das Gesetz nicht an und sprach den Angeklagten frei ¹⁰⁹⁴.

319. *Einfluss der EMRK auf das schwedische Recht.*- Die EMRK hat schon vor ihrer Transformation verschiedene Änderungen des schwedischen Rechts bewirkt, so im Strafprozessrecht oder in Bezug auf das Sorgerecht für Kinder. Die bedeutendste Änderung war die 1988 erfolgte Schaffung einer Beschwerdemöglichkeit an das Oberste Verwaltungsgericht gegen Verfügungen der Regierung. Die EMRK hatte und hat vor allem eine präventive Wirkung, da sie bei der Gesetzgebung berücksichtigt wird (n° 317) ¹⁰⁹⁵. Die Transformation führte dazu, dass die EMRK jetzt auch von der Verwaltung beachtet wird, wenn sie auch dazu neigen dürfte, im Konfliktfall das Landesrecht anzuwenden (n° 316). Von Seiten der Rechtsprechung wirkt die EMRK eher durch die vertragskonforme Auslegung als durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, da die Gerichte dem Reichstag grossen Respekt zollen ¹⁰⁹⁶.

c) Gemeinschaftsrecht

320. *Vor 1994: Autonomer Nachvollzug.*- Eine zentrale Rolle in Schweden hat wie erwähnt (n° 301) die Parlamentsouveränität. Ein Hauptargument gegen eine europäischen Integration war denn auch seit 1958 der Einfluss eines Beitritts auf die Parlamentsouveränität ¹⁰⁹⁷. Um dennoch durch die Beseitigung rechtlicher Handelshemmnisse die schwedische Wirtschaft zu fördern, hatte die Regierung 1988 die mit der Ausarbeitung von Erlassen beauftragten Expertenkommissionen angewiesen, alle ihre Entwürfe gemeinschaftskonform auszugestalten. Gemeinschaftswidrige Bestimmungen waren nur aus zwingenden Gründen zuläs-

¹⁰⁹³ *ibid.*, S. 47

¹⁰⁹⁴ *ibid.*

¹⁰⁹⁵ *ibid.*, S. 21-22, 32-33; CAMERON/ERIKSSON, S. 120; ELISABETH PALM, *Human Rights in Sweden*, in: Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles (Hrsg.), *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bd. II, Brüssel 1992, S. 1220

¹⁰⁹⁶ CAMERON, S. 56

¹⁰⁹⁷ MILES, S. 19

sig ¹⁰⁹⁸. Schweden handelte also vor dem Beitritt gleich wie heute die Schweiz – und dies seit dem gleichen Jahr wie diese (s. n° 507).

Am 14. Juni 1991 erklärte Premierminister INGVAR CARLSSON vor dem *Riksdag*, die Regierung beabsichtige, den Europäischen Gemeinschaften beizutreten. Alle Parteien ausser der Linken Partei (den vormaligen Kommunisten) und den Grünen unterstützten die Regierung, die darauf am 1. Juli 1991 ein Beitrittsgesuch stellte ¹⁰⁹⁹. Wegen der Brisanz des Themas beschlossen die politischen Parteien die Durchführung einer Volksabstimmung. Diese war wie bei der Verfassungsrevision ausgestaltet, hatte also nur eine abrogative und permissive Wirkung (n° 301). Sie fand am 13. November 1994 statt. Mit 52,3 % sprach sich die Bevölkerung knapp für den Beitritt aus ¹¹⁰⁰. In der Abstimmungskampagne vor dem Referendum verliefen die Positionen quer durch die Parteien. Die meisten regierungs- und wirtschaftsnahen Politikerinnen und Politiker, die Wirtschaft und ein grosser Teil der Presse waren dafür. Wie in der Schweiz wurde neben wirtschaftlichen Gründen geltend gemacht, es sei besser, Mitglied zu sein und aktiv mitbestimmen zu können, als ausserhalb zu stehen und die innerhalb der EU getroffenen Entscheide passiv nachvollziehen zu müssen. Die Grünen und die Linke Partei, aber auch viele Sozialdemokraten und Mitglieder der Zentrumspartei lehnten den Beitritt wegen den damit verbundenen Souveränitätsverlusten ab. Sie machten auch geltend, die EU sei ein Reiche-Leute-Klub, der die armen Staaten ausschliesse ¹¹⁰¹.

321. 1994: *Der Beitritt. Die Verfassungsbestimmung.*- Der Beitritt zum EWR 1992 wurde wie ein normaler Vertrag im Verfahren nach RF 10:2 genehmigt (n° 308). Die schwedische Regierung war wie die Regierungen der anderen beitretenden Länder der Ansicht, dass der EWR keine supranationale Organisation sei. Was den Beitritt zur EU anbelangte, so erlaubt RF 10:5 die Übertragung staatlicher Kompetenzen an eine supranationale Organisation. Die Übertragung erfolgt ausser bei Dringlichkeit im Verfahren der Verfassungsrevision. Doch war RF 10:5 im Hinblick auf einen Beitritt zur EWG, deren Ziele sich auf einen gemeinsamen Wirtschaftsraum beschränkten, in den Sechzigerjahren in die Verfassung eingefügt worden. Er erlaubte nur eine beschränkte Übertragung von Hoheitsrechten und verbot jede Kompetenzübertragung, die den Freiheitsrechten der Verfassung zuwiderlaufen könnte. RF 10:5 war deshalb für einen Beitritt zu der EU mit ihren ungleich ambitionierteren Zielen nicht mehr geeignet und wurde 1994 revidiert ¹¹⁰². Am 23. November 1994 wurde der neue RF 10:5 mit 293 Ja-Stimmen bei 17 Enthaltungen vom Reichstag angenommen. Alle Fraktionen ausser die

¹⁰⁹⁸ B. COTTIER, S. 256

¹⁰⁹⁹ HADENIUS, S. 201

¹¹⁰⁰ *ibid.*, S. 204-205; B. COTTIER, S. 250; NZZ Nr. 275 vom 24. November 1994, S. 3

¹¹⁰¹ HADENIUS, S. 204

¹¹⁰² B. COTTIER, S. 246-247

Grünen hatten dafür gestimmt ¹¹⁰³. Am 14. Dezember 1994 ermächtigte der *Riksdag* die Regierung zur Ratifikation des Beitrittsabkommens, was diese anderntags tat ¹¹⁰⁴.

Der neue RF 10:5 bestimmt, dass der *Riksdag* Hoheitsrechte auf die Europäischen Gemeinschaften übertragen darf, solange diese die Freiheiten und Grundrechte in gleicher Weise wie die schwedische Verfassung und die EMRK schützen. Die Übertragung benötigt die Zustimmung von drei Vierteln der Stimmen im *Riksdag* oder einen Entscheid im Verfahren der Verfassungsrevision. Die Materialien zu dieser Bestimmung beriefen sich, wie man ihr anmerkt, auf die Entscheide „Solange I“ und „Solange II“ sowie den „Maastricht-Entscheid“ des Bundesverfassungsgerichts (n° 107). Sie stützten sich auch auf den Entscheid des *Conseil constitutionnel* vom 9. April 1992 (n° 171), um zu unterstreichen, dass eine Entwicklung der EU zu einem Bundesstaat, insbesondere die Einsetzung eines europäischen Parlaments mit eigenen Gesetzgebungskompetenzen, eine Verfassungsrevision nötig machen würde, da dies die Grundlage des Königreichs in Frage stellen würde. Eine weniger ambitionöse Vertiefung der Gemeinschaft wäre aber unter Beachtung des Verfahrens von RF 10:5 möglich. In jedem Falle hätte aber eine Ausdehnung der EU-Kompetenzen ohne Zustimmung Schwedens keine innerstaatliche Wirkung ¹¹⁰⁵.

322. *Schutzbestimmung für die Lappinnen und Lappen ...*- Das Protokoll 3 des Beitrittsvertrags Österreichs, Finnlands und Schwedens gesteht den Lappinnen und Lappen in ihrem traditionellen Siedlungsgebiet weiterhin das exklusive Recht zur Rentierzucht zu (Art. 1). Dadurch ist das Rentierzucht-Monopol, welches die lappische Bevölkerung in Schweden „seit undenklicher Zeit“ – so Art. 1 des Renttierzuchtgesetzes (*Rennäringslag*) von 1971 – besitzt, geschützt. Art. 2 des Protokolls bestimmt sogar, dass nötigenfalls neue Ausnahmen von den Regeln des Binnenmarkts zulässig sind. Dies soll die fortlaufende Anpassung der Privilegien der Lappinnen und Lappen an die Entwicklung ihrer Lebensbedingungen und die Ergreifung der zur Erhaltung ihrer Identität nötigen Massnahmen erlauben ¹¹⁰⁶.

323. *... und die Volksgesundheit.*- Als weitere Besonderheit erhielt Schweden – wie auch Finnland und Dänemark – beim Beitritt zur EU eine Ausnahmegewilligung zur Beibehaltung seiner restriktiven Alkoholpolitik. Während in den übrigen EU-Staaten für den persönlichen Gebrauch steuerfrei 90 Liter Wein, 10 Liter Schnaps, 110 Liter Bier und 800 Zigaretten importiert werden dürfen, müssen sich die Schwedinnen und Schweden mit 5 Litern Wein, 1 Liter Schnaps, 15 Litern Bier und 300 Zigaretten

¹¹⁰³ B. COTTIER, S. 250; NZZ Nr. 275 vom 24. November 1994, S. 3

¹¹⁰⁴ B. COTTIER, S. 250

¹¹⁰⁵ *ibid.*, S. 248-249

¹¹⁰⁶ *ibid.*, S. 258

begnügen. Mitte 2000 lief diese Ausnahmeregelung nun aus, obwohl der schwedische Sozialminister LARS ENGQVIST bei der EU-Kommission geltend gemacht hatte, dadurch könne sich die Zahl der Alkohol-Toten um 1000 Personen pro Jahr erhöhen. Der für den Binnenmarkt zuständige Kommissar FRITS BOLKESTEIN bezweifelte die Wirksamkeit der Importrestriktionen, die seines Erachtens vielmehr zum Schmuggeln und Schwarzbrennen von Schnaps verleiteten ¹¹⁰⁷. Die schwedische Regierung machte aber geltend, sie brauche mehr Zeit, um ihre Alkohohlpolitik entsprechend anzupassen. Schliesslich wurde die Ausnahmeregelung bis Ende 2003 verlängert, wobei die zum Import zulässigen Mengen jährlich erhöht werden ¹¹⁰⁸.

324. *Geltung.*- Die Innerstaatliche Geltung des Gemeinschaftsrecht wird durch ein Transformationsgesetz hergestellt. Am 14. Dezember 1994, gleichzeitig mit der Ermächtigung der Regierung zur Ratifikation des Beitrittsabkommens, verabschiedete der *Riksdag* ein Transformationsgesetz (*Lag med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska Unionen*), welches das primäre und sekundäre Gemeinschaftsrecht in die schwedische Rechtsordnung transformiert. Dieses Gesetz wurde nicht mit einer Drei-Viertels-Mehrheit, wie RF 10:5 vorschreibt, sondern nur mit einer einfachen Mehrheit angenommen. Eine Übergangsbestimmung zu RF 10:5 sah dies so vor, da das Transformationsgesetz nur drei Wochen nach der Annahme des revidierten RF 10:5 verabschiedet wurde und über den Beitritt eine Volksabstimmung durchgeführt worden war ¹¹⁰⁹.

Am 29. April 1998 stimmte der Reichstag im Verfahren von RF 10:5, also mit Drei-Viertel-Mehrheit, der Ratifikation des Vertrags von Amsterdam zu. Die Transformation in Landesrecht erfolgte durch eine Revision des Transformationsgesetz von 1994 ¹¹¹⁰.

Art. 3 des Transformationsgesetzes bestimmt in Hinblick auf die nach dem Beitritt Schwedens ergehenden Akte, dass die Europäischen Gemeinschaften mit Wirkung für Schweden diejenigen Massnahmen beschliessen können, welche die Verträge vorsehen ¹¹¹¹. Sekundäres Gemeinschaftsrecht gilt also unmittelbar. Dass als Urheber solcher Akte nicht die EU, sondern die Europäischen Gemeinschaften genannt wird, soll die schwedische Auffassung unterstreichen, dass das Gemeinschaftsrecht klassisches Völkerrecht ist und nicht Ausdruck einer supranationalen Ordnung ¹¹¹². Dies entspricht auch der Haltung Frankreichs (n° 170), nicht aber derjenigen Deutschlands und des Europäischen Gerichtshofs (n° 99).

¹¹⁰⁷ NZZ Nr. 29 vom 4. Februar 2000, S. 64

¹¹⁰⁸ ABl. L 161 vom 1. Juli 2000

¹¹⁰⁹ B. COTTIER, S. 250

¹¹¹⁰ *ibid.*, S. 250-251

¹¹¹¹ *ibid.*, S. 252

¹¹¹² *ibid.*, S. 253

325. *Anwendung und Rang.*- Eine Expertenkommission hatte vorgeschlagen, in der Verfassung eine Bestimmung aufzunehmen, wonach das Gemeinschaftsrecht direkt anwendbar sei und Vorrang vor dem Landesrecht habe. Die Regierung verzichtete in ihrem Entwurf zum neuen RF 10:5 darauf, weil dies zu innenpolitischen Schwierigkeiten geführt hätte. Sie unterstrich aber, dass die Gerichte dem Gemeinschaftsrecht Vorrang einräumen müssten ¹¹¹³.

Das Transformationsgesetz dagegen regelt die Frage der Anwendbarkeit und des Ranges. Art. 2 bestimmt, dass die bestehenden Erlasse und Verfügungen der Europäischen Gemeinschaften innerstaatlich diejenige Wirkung haben, welche ihnen nach den Verträgen der Gemeinschaft zukommt. Die Schwedische Regierung hatte demgegenüber vor dem Parlament erklärt, das Gemeinschaftsrecht dürfe der *Verfassung* nicht vorgehen. In der Lehre ist diese Haltung umstritten ¹¹¹⁴.

Besonders ein Aspekt hatte den Schwedinnen und Schweden hier Sorge bereitet: Das Recht auf Zugang zu den Verwaltungsdokumenten, eine der Säulen der schwedischen Demokratie. Viele hatten befürchtet, dieses seit 1766 bestehende und im Pressefreiheitsgesetz garantierte Recht könnte vor dem Gemeinschaftsrecht nicht Stand halten. Die Regierung gab deshalb zur Beruhigung der öffentlichen Meinung beim Beitritt eine Erklärung zur Wichtigkeit des Öffentlichkeitsprinzips ab, welche die EU unter der Voraussetzung akzeptierte, dass keine Verpflichtungen der Mitgliedsstaaten berührt würden. Und als die Datenschutzrichtlinie der EU umzusetzen war, nahm der *Riksdag* im entsprechenden Gesetz die Bestimmung auf, das Öffentlichkeitsprinzip werde dadurch nicht berührt – dies, obwohl ihn der *Lagrådet* darauf hingewiesen hatte, dass dies gemeinschaftsrechtswidrig sein könnte. Da die schwedischen Gerichte aber ihre verfassungsgerichtlichen Kompetenzen sowieso nur sehr zurückhaltend ausüben (vgl. *supra*, n° 318), war es wenig wahrscheinlich, dass sie Gemeinschaftsrecht wegen Verfassungswidrigkeit die Anwendung versagen könnten ¹¹¹⁵. Die Gefahr der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit ist ausserdem nun behoben, da seit dem 3. Dezember 2001 auch in der EU das Öffentlichkeitsprinzip für die Dokumente der EU-Organe gilt ¹¹¹⁶.

Das Gemeinschaftsrecht geht hingegen unbestrittenermassen den – früheren und späteren – *Gesetzen* vor. Allerdings müssen die schwedischen Richterinnen und Richter sich angewöhnen, die Konformität des Landesrechts mit dem Völkerrecht zu prüfen, etwas, wozu sie wenig geneigt sind. Die Lehre betont denn auch, dass die schwedischen Juristinnen und Juristen lernen müssen, sich vom gesetzgeberischen Willen zu lösen und das Gemeinschaftsrecht auch gegen die Gesetze des Reichstags durchzusetzen. Die

¹¹¹³ *ibid.*, S. 252

¹¹¹⁴ *ibid.*, S. 252-253

¹¹¹⁵ *ibid.*, S. 253-254

¹¹¹⁶ vgl. HEIDI HAUTALA/BRUNO KAUFMANN, *Kleine Meisterstücke für das grosse Europa. Öffentlichkeitsprinzip und Volksrechte?*, NZZ Nr. 281 vom 3. Dezember 2001, S. 7

erstinstanzlichen Gerichte haben dies im Allgemeinen getan. Auch das Oberste Verwaltungsgericht hat dem Gemeinschaftsrecht in den wenigen bisherigen Entscheiden klar Vorrang eingeräumt ¹¹¹⁷.

Für die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur direkten Anwendbarkeit und zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts s. *supra*, n° 103-104.

326. *Einheitliche Auslegung des Gemeinschaftsrechts.*- Die Vorlageverfahren an den Europäischen Gerichtshof (Art. 177 EGV) sind eher selten, und einige höhere Gerichte zögern, dieses Verfahren zu beschreiten. Das Arbeitsgericht, die letzte Instanz in arbeitsrechtlichen Fragen, hat (ähnlich wie der *Conseil d'Etat*, s. n° 170) bislang alle Anträge auf ein Vorlageverfahren abgelehnt, da die Luxemburger Rechtsprechung genügend klar sei, doch ist der Grund offenbar eher im Wunsch begründet, die hängigen Verfahren zügig zu entscheiden. Und das Oberste Gericht hat zwar schon einmal eine Auslegungsfrage zum LugUe dem Europäischen Gerichtshof vorgelegt, sich aber dann nicht an dessen Entscheid gehalten. Es begründete dies damit, dass sich der strittige Sachverhalt vor dem Beitritt ereignet habe ¹¹¹⁸.

2. Die Kompetenzverteilung in völkerrechtlichen Angelegenheiten

327. *Das Staatsoberhaupt.*- Staatsoberhaupt Schwedens ist die Königin oder der König (RF 1:5). Seit 1973 ist CARL XVI GUSTAF König. Das Staatsoberhaupt verkörpert die nationale Einheit und vertritt Schweden nach Aussen. Es hat keinen politischen Einfluss; seine Verpflichtungen sind hauptsächlich zeremonieller Art. Damit es diese wahrnehmen kann, muss es über die Staatsgeschäfte unterrichtet werden. Dafür ist der Ministerpräsident bzw. die Ministerpräsidentin verantwortlich (RF 5:1). Im aussenpolitischen Bereich gehört die Akkreditierung der ausländischen Gesandten und die Unterzeichnung der Akkreditierungsschreiben der schwedischen Gesandten zu den Pflichten des Staatsoberhauptes. Auf Ersuchen der Regierung empfängt es ausserdem ausländische Regierungsoberhäupter und stattet Staatsbesuche ab; dabei wird es zur Behandlung politischer Themen von Regierungsmitgliedern begleitet. Zudem führt es bei den Sitzungen des Beirates für auswärtige Angelegenheiten den Vorsitz (s. n° 329; RF 10:7) ¹¹¹⁹.

¹¹¹⁷ B. COTTIER, S. 254-255

¹¹¹⁸ NJA 1996, S. 668, erwähnt in B. COTTIER, S. 258

¹¹¹⁹ HOLMBERG/STJERNQUIST, S. 17; NYMAN, S. 56 u. 67; LINDSTRÖM, S. 9-10

328. *Die Regierung führt die Aussenpolitik.*- Die Regierung besteht aus der Ministerpräsidentin bzw. dem Ministerpräsidenten (*statsminister*) und den übrigen Mitgliedern des Kabinetts (RF 6:1). Der Ministerpräsident hat eine ausgesprochen starke Stellung. Er ernennt allein die anderen Ministerinnen und Minister, und er kann sie entlassen; wenn er zurücktritt, muss die ganze Regierung zurücktreten ¹¹²⁰.

Die Verfassung bestimmt kurz und bündig, dass die Regierung das Reich regiert und dass sie dafür dem Reichstag verantwortlich ist (RF 1:5). „Regieren“ bedeutet, dass die Regierung für die Planung verantwortlich ist, Initiativen ergreift und Entscheide durchsetzt. Die Regierungen bemühen sich jeweils um konsensfähige Lösungen und führen hierzu breite Vernehmlassungen durch ¹¹²¹.

Für die auswärtigen Angelegenheiten ist primär die Regierung zuständig ¹¹²². Sie schliesst die völkerrechtlichen Verträge ab (RF 10:1). Sie kann diese Kompetenz für Verträge, die nicht vom Reichstag genehmigt werden müssen oder der Mitwirkung des Beirates für auswärtige Angelegenheiten bedürfen, einer Verwaltungsbehörde delegieren (RF 10:3). Vorbehalten ist aber in wichtigen Fällen die Genehmigung des Parlaments, das ausserdem Mitwirkungsrechte hat:

329. *Der Reichstag. a) Mitwirkungsrechte.*- Das Parlament kann in allen Bereichen Entscheidungen fällen, also auch in der Aussenpolitik. Es ist in jedem Stadium einer Entscheidung beteiligt: Bei der Vorbereitung, der Beratung und der Durchführung. Sein wichtigstes Instrument ist natürlich der Erlass von Gesetzen. Daneben kann es durch politische Debatten sowie Fragen und Interpellationen auf alle politischen Themen Einfluss nehmen. Ursprünglich diente dabei die Frage der Information, die Interpellation der Überwachung der Leistung der Ministerinnen und Minister. Heute besteht kein klarer Unterschied mehr zwischen den beiden Instrumenten; die Interpellation dient aber häufig dazu, eine breitere politische Debatte auszulösen, während die Frage einen enger begrenzten Gegenstand hat ¹¹²³. Die Frage wie die Interpellation beantworten die zuständigen Ministerinnen und Minister vor dem Parlament. Ihrer Antwort folgt eine parlamentarische Debatte ¹¹²⁴.

Eine zentrale Rolle spielen die parlamentarischen *Kommissionen*. Die meisten Entscheide fallen in den Kommissionen, und oft werden hier die Kompromisse zwischen den Parteien ausgehandelt. Wie im Vereinigten Königreich haben die Parteien und ihre Vorsitzenden eine dominierende Rolle inne, und die Parteidisziplin ist sehr gross. Wenn ein Kommissionsvorschlag dem Reichstag zur Abstimmung unterbreitet

¹¹²⁰ HOLMBERG/STJERNQUIST, S. 17-19; NYMAN, S. 69

¹¹²¹ LINDSTRÖM, S. 80-82; MILES, S. 24

¹¹²² NYMAN, S. 72; LINDSTRÖM, S. 87

¹¹²³ LINDSTRÖM, S. 58

¹¹²⁴ MILES, S. 20; NYMAN, S. 56-57

wird, ist der Entscheid eigentlich schon gefallen; die Abstimmung bestätigt nur noch die bereits bekannten Positionen ¹¹²⁵.

Die Kommissionen entsprechen im Allgemeinen den von den Ministerien abgedeckten Bereichen. Zur Kooperation zwischen Regierung und Parlament im auswärtigen Bereich existiert ein *Beirat für auswärtige Angelegenheiten*. Die Regierung muss den Beirat, erstens, über alle auswärtigen Angelegenheiten informieren. Sie muss sich, zweitens, mit dem Beirat beraten, sooft dies erforderlich ist, jedenfalls „wenn möglich“ vor allen Entscheidungen „von grösserem Gewicht“ (RF 10:6). Der Beirat besteht aus der Reichspräsidentin bzw. dem Reichspräsidenten und neun weiteren vom Reichstag gewählten Mitgliedern (RF 10:7), im Allgemeinen führenden Politikerinnen und Politikern einschliesslich führenden Vertreterinnen und Vertretern der Opposition ¹¹²⁶. Auf Grund dieser Zusammensetzung ist sein politisches Gewicht gross. Die Regierung wird sich nicht ohne weiteres über seine Empfehlungen hinwegsetzen.

Im Bedarfsfall werden aber auch besondere Kommissionen eingesetzt, was z.B. 1992 geschah, als der *Riksdag* den EWR-Vertrag behandelte. Die *Kommission für die auswärtigen Beziehungen* befasst sich mit den auswärtigen Beziehungen Schwedens im Allgemeinen, sofern ein Thema nicht von einer anderen Kommission behandelt wird. Insbesondere erstattet sie dem Reichstag Bericht über die zur Genehmigung vorgeschlagenen völkerrechtlichen Verträge ¹¹²⁷. Sie war einflussreich bei der Bestimmung der längerfristigen Ziele der Sicherheitspolitik und des Verhältnisses zur EU ¹¹²⁸.

Mit dem EU-Beitritt wurde eine *Beratende Kommission für EU-Angelegenheiten* eingesetzt, welche der Konsultation zwischen der Regierung und dem Reichstag dient ¹¹²⁹. Sie wird von der Regierung jeweils vor den Zusammenkünften mit Hintergrundinformationen versorgt und kann von dieser Informationen und Konsultationen auch zu Problemkreisen verlangen, die noch nicht im EU-Ministerrat traktandiert sind. Dies soll es der Kommission erlauben, Einfluss auf die EU-Politik der Regierung zu nehmen ¹¹³⁰. Daneben informiert die Regierung das Parlament aber auch direkt ¹¹³¹.

330. *Fortsetzung. b) Genehmigung völkerrechtlicher Verträge.*- Die Regierung darf ohne vorherige Genehmigung des Reichstags keine Abkommen abschliessen, die eine Änderung oder Aufhebung von Gesetzen oder den Erlass von neuen Gesetzen voraussetzen oder anderweitig im Kompetenzbereich des Reichstags liegen. Sonstige

¹¹²⁵ HADENIUS, S. 194-195; LINDSTRÖM, S. 34-38

¹¹²⁶ HOLMBERG/STJERNQUIST, S. 24; LINDSTRÖM, S. 44

¹¹²⁷ LINDSTRÖM, S. 40-41

¹¹²⁸ MILES, S. 21-22; HADENIUS, S. 194

¹¹²⁹ HADENIUS, S. 207; NYMAN, S. 66

¹¹³⁰ s. www.riksdagen.se/english/eu/advisory_comittee.asp

¹¹³¹ s. www.riksdagen.se/english/eu/the_chamber.asp

Abkommen müssen vom Reichstag vorgängig genehmigt werden, wenn sie „von grösserem Gewicht“ sind, z.B. wenn sie bedeutende Ausgaben verursachen ¹¹³²; in dringlichen Fällen kann jedoch statt dessen auch eine Beratung mit dem Beirat für auswärtige Angelegenheiten stattfinden (RF 10:2). Dieses vereinfachte Verfahren ist auch bei Gegenständen zulässig, über die nicht öffentlich verhandelt werden kann ¹¹³³. Die gleichen Vorschriften gelten auch für die Kündigung eines Vertrags und für die in anderer Form als durch Verträge erfolgende Übernahme von internationalen Verpflichtungen (RF 10:4).

331. *Fortsetzung. c) Kontrollrechte.*- Der Reichstag kontrolliert die Regierung und die Verwaltung (RF 1:4). Das effizienteste und radikalste Mittel ist die Vertrauensabstimmung ¹¹³⁴. Diese kann sich gegen die gesamte Regierung oder ein einzelnes Mitglied richten (RF 6:5). Ein weiteres wichtiges Kontrollinstrument auch in auswärtigen Angelegenheiten ist die Entscheidung über die Finanzen des Reiches. Die Regierung darf die zugewiesenen Mittel nur in der vom *Riksdag* bestimmten Weise verwenden (RF 9:2), und sie muss dem Reichstag jährlich den Haushaltentwurf vorlegen (RF 9:6) ¹¹³⁵.

332. *Die Gerichte.*- Durch die Anwendung des Völkerrechts, insbesondere die völkerrechtskonforme Auslegung (n° 311), tragen alle Gerichte zu dessen effektiver Durchsetzung und Weiterentwicklung bei (vgl. n° 16).

3. Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung

333. *Machtgewinn von Regierung und Gerichten.*- Durch das dualistische System ist das Parlament an sich vor Kompetenzverlusten geschützt. Da der Inhalt der völkerrechtlichen Normen trotz eines guten Einbezugs des Parlaments vor allem von der Regierung beeinflusst werden kann, gewinnt diese aber bei einer zunehmenden Bedeutung des Völkerrechts dennoch an Einfluss. Auch der Einfluss der Gerichte steigt, obwohl Landesrecht Vorrang genießt, da sie Landesrecht völkerrechtskonform auslegen (n° 334, 335). Die deutlichsten Kompetenzverschiebungen zu Gunsten der

¹¹³² CAMERON, S. 41

¹¹³³ HOLMBERG/STJERNQUIST, S. 24-25

¹¹³⁴ NYMAN, S. 73

¹¹³⁵ *ibid.*, S. 72; HOLMBERG/STJERNQUIST, S. 23-24

Regierung und der Gerichte sind von Seiten des Gemeinschaftsrechts zu erwarten, das dem Landesrecht vorgeht (n° 336).

a) Einfluss der allgemeinen Regeln des Völkerrechts

334. *Zunehmender Einfluss der Gerichte?*- Die Regierung, welche für die auswärtigen Angelegenheiten zuständig ist, hat die meisten Gelegenheiten, durch externe Akte an der Fortbildung des internationalen Gewohnheitsrechts mitzuwirken. Doch auch die Rolle des Parlaments ist hier nicht unbedeutend, da es generell ein sehr grosses politisches Gewicht hat, zudem über die Kommission für auswärtige Angelegenheiten die Entwicklung der Aussenpolitik und insbesondere die Entstehung völkerrechtlicher Verträge mitverfolgt und ausserdem mit dem Beirat für auswärtige Angelegenheiten bei allen wichtigeren Entscheidungen einbezogen wird (n° 329). Weiter kann es durch seine Kontrollrechte, insbesondere seine Finanzhoheit, Einfluss auf die Aussenpolitik nehmen (n° 331). Zusätzlich kann es über interne Akte – also vor allem Gesetze – das internationale Gewohnheitsrecht beeinflussen. Auch die Gerichte beeinflussen durch Entscheide in völkerrechtlich relevanten Gebieten die Entwicklung des internationalen Gewohnheitsrechts. Exekutive, Legislative und Judikative sind so gleichermassen an der Bildung des allgemeinen Völkerrechts beteiligt (n° 16). In Bezug auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Prinzipien der Gerechtigkeit oder juristischen Logik (n° 24) lässt sich dagegen kaum sagen, ein bestimmtes Staatsorgan beeinflusse deren Bildung besonders.

Die völkerrechtskonforme Auslegung ist neben der formellen Änderung der Gesetze die einzige Art und Weise, wie das Landesrecht durch Anpassung an die allgemeinen Regeln des Völkerrechts verändert werden kann, denn das Landesrecht geniesst Vorrang (n° 307). Dadurch ist grundsätzlich eine Verlagerung der Kompetenzen zu Gunsten der Gerichte möglich; durch die völkerrechtskonforme Auslegung können diese einen gewissen Einfluss auf die Verfassung, die Gesetze des Parlaments und die Verordnungen der Regierung ausüben. Doch ist ihre Stellung zu wenig bedeutend, als dass sie auf diesem Weg wesentliche Änderungen herbeiführen könnten (n° 301). Es wäre aber immerhin denkbar, dass die Gerichte mit zunehmenden Erfahrungen in der Anwendung des Gemeinschaftsrechts auch das restliche Völkerrecht aktiver und selbstbewusster in ihre Überlegungen einbeziehen und ihren Einfluss damit vergrössern werden.

b) Einfluss der völkerrechtlichen Verträge

335. *Auch hier zunehmender Einfluss der Gerichte?*- Die Aushandlung völkerrechtlicher Verträge ist zwar primär Sache der Regierung. Der Reichstag ist aber durch die Kommissionen und den Beirat für auswärtige Angelegenheiten schon im Verhandlungsstadium gut einbezogen (n° 329). Er kann offenbar – wohl auch auf Grund seiner allgemein starken Stellung im Staat – den Inhalt der Verträge entscheidend beeinflussen. Die Regierung ist jedenfalls immer dann, wenn durch einen Vertrag Kompetenzen des Parlaments betroffen sind oder wenn eine wichtigere Sache geregelt werden soll, auf die Genehmigung des Parlaments angewiesen (n° 330). Somit besteht schon vor der Entstehung einer völkerrechtlichen Bindung die Gewähr dafür, dass die Kompetenzen des Parlaments nicht ohne seine Mitwirkung und Zustimmung berührt werden. Das ändert aber nichts daran, dass die Regierung, welche am Verhandlungstisch sitzt, einen grösseren Einfluss auf den Inhalt der völkerrechtlichen Verträge hat als der *Riksdag*. Neben der Genehmigung besteht eine weitere Sicherheit vor einem eigenmächtigen Übergriff der Exekutive auf die Kompetenzen der Legislative darin, dass völkerrechtliche Verträge nur durch einen Transformationsakt landesrechtlich beachtlich werden (n° 310), und dass im Konfliktfall die Gerichte dem Landesrecht den Vorzug geben (n° 312).

Eine gewisse Schmälerung der Kompetenzen des Parlaments ergibt sich somit erstens daraus, dass die Regierung auf den Inhalt der Verträge mehr Einfluss hat. Zweitens ist eine Schmälerung der Kompetenzen von Seiten der Gerichte denkbar, die das Landesrecht vertragskonform auszulegen haben (n° 311). Dies gilt insbesondere für die EMRK seit ihrer Transformation in Landesrecht, mit der sie in der Praxis Verfassungsrang erlangt hat (n° 316). Doch dürfen die Gerichte nur offensichtlich konventionswidrigen Gesetzen und Verordnungen die Anwendung versagen. Und da die Gerichte den Umgang mit offenen Normen wie denjenigen der EMRK nicht gewohnt sind und es ihnen offenbar auch an Selbstvertrauen mangelt, ist es wenig wahrscheinlich, dass sie auf die Akte von Regierung und Parlament einen grossen Einfluss ausüben werden (n° 318). Vielmehr hat in erster Linie der Reichstag für die EMRK-Konformität des Landesrechts zu sorgen (n° 317). Unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts könnte sich immerhin auch hier die Einstellung der Gerichte hin zu einer aktiveren Rolle ändern (n° 318).

c) Einfluss des Gemeinschaftsrechts

336. *Kompetenzgewinn von Regierung und Gerichten.*- An der Fortbildung des Gemeinschaftsrechts ist direkt nur die Regierung beteiligt. Die Beratende Kommission für EU-Angelegenheiten sollte zwar einen zu grossen Steuerungsverlust des Parlaments verhindern (n° 329). Die regelmässige, frühzeitige Information dieser Kommission, auch zu noch nicht vom EU-Ministerrat traktandierten Geschäften, erscheint dabei als besonders wertvoll. Die Abgeordneten dürften dadurch – umso mehr, als Schweden ein Berufsparlament hat ¹¹³⁶ – in der Lage sein, fundiert zur Europapolitik beizutragen. Dies, sowie die politische Kultur Schwedens, die der Parlamentssouveränität grösstes Gewicht beimisst, aber auch die Möglichkeit des Misstrauensantrags (n° 331), lässt denken, dass die Regierung die Haltung der Kommission beachtet und es nicht zu einem Auseinanderfallen der Positionen des Parlaments und der Regierung kommt. Der Einfluss der Regierung auf das Gemeinschaftsrecht ist aber dennoch grösser als derjenige des Parlaments, da sie dem Ministerrat angehört.

Kompetenzverschiebungen sind ausserdem dadurch zu erwarten, dass Gemeinschaftsrecht den Gesetzen vorgeht. Die Gerichte werden unter dem Druck des Europäischen Gerichtshofs wohl zunehmend das Landesrecht auf die EU-Kompatibilität prüfen und sich vom Parlament emanzipieren (n° 325). Dies könnte, wie oben (n° 334 u. 335) erwähnt, auch auf den Umgang mit dem übrigen Völkerrecht ausstrahlen. Da der Reichstag nicht direkt in der EU mitwirken kann, ist er somit mehr als die Regierung vom Souveränitätsverlust betroffen, der durch den EU-Beitritt entstand.

¹¹³⁶ LINDSTRÖM, S. 28-29

IV. Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung in der Schweiz

337. *Weltoffenheit der schweizerischen Verfassungsordnung: Unter der Verfassung von 1874 ...*- Die Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 atmete den Geist des nationalstaatlichen Zeitalters, in dem sie entstanden war. Sie hatte dementsprechend einen introvertierten Charakter: Als aussenpolitischen Zweck des Bundes nannte sie einzig die „*Behauptung der Unabhängigkeit des Vaterlandes gegen aussen*“ (Art. 2 aBV); die internationalen Beziehungen waren nur lückenhaft geregelt¹¹³⁷. Diese Lückenhaftigkeit ermöglichte es indes den richterlichen und politischen Behörden, die Verfassung völkerrechtsfreundlich auszulegen, so dass die schweizerische Praxis dennoch von internationaler Offenheit geprägt war und das Völkerrecht mit zu den Grundlagen der schweizerischen Staatsordnung gehörte¹¹³⁸.

338. *... und in der Verfassung von 1999.*- Die neue Verfassung vom 18. April 1999¹¹³⁹ bringt diese internationale Offenheit und Völkerrechtsfreundlichkeit der Schweiz jetzt auch zum Ausdruck¹¹⁴⁰. Gemäss der Präambel geben sich das Schweizervolk und die Kantone die Verfassung u.a. „*um Freiheit und Demokratie, Unabhängigkeit und Frieden in Solidarität und Offenheit gegenüber der Welt zu stärken*“. Zweck der Eidgenossenschaft ist es weiterhin, „*die Unabhängigkeit*“, zudem auch „*die Sicherheit des Landes*“ zu wahren, sie will sich aber auch einsetzen „*für die dauerhafte Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen und für eine friedliche und*

¹¹³⁷ Die Neutralität ist kein Zweck, sondern nur ein Mittel der Aussenpolitik. – Vgl. KÄLIN, *Verfassungsgrundsätze*, S. 285-286; WILDHABER, *Menschenrechte*, S. 426-429, u. *Parliamentary Participation*, S. 131; THÜRER, *Rule of Law*, S. 475; vgl. IDEM, *Bundesverfassung und Völkerrecht*, Rz. 22-24; MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 1; COTTIER/HERTIG, S. 1-2; EPINEY, *Beziehungen*, Rz. 10-12.

¹¹³⁸ s. WILDHABER, *ibid.*; THÜRER, *Bundesverfassung und Völkerrecht*, Rz. 2 u. 34-36; BIAGGINI, S. 723; MONNIER, S. 121-134; SCHINDLER, *Weg*, S. 1030-1033; COTTIER/HERTIG, S. 4

¹¹³⁹ für die Vergleichung von aBV und BV, s. die Konkordanztabellen in der Botschaft über eine neue Bundesverfassung, Anhang 4 (S. 553-57) und die von DIETER BIEDERMANN weitergeführte Konkordanztabelle, in AJP 6/1999, S. 748-757

¹¹⁴⁰ Vgl. MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 1; COTTIER/HERTIG, S. 1-2; RHINOW, *Bundesverfassung*, S. 356; HÄFELIN/HALLER, Rz. 204; sowie ein Votum von 1995 des damaligen Bundesrates ARNOLD KOLLER (in: IDEM, *Verfassungsreform*, S. 14); THÜRER, *Verfassungsrecht*, Rz. 9-11; IDEM, *Wandel*, Rz. 43-44; vgl. SEILER, *Verfassung*, S. 312; MARTIN BERTSCHI/THOMAS GÄCHTER, *Schöne Worte? Zur Eignung der Präambel, des Zweckartikels und des Appells an die Verantwortung als Leitlinien staatlichen Handelns*, in: Gächter/Bertschi, S. 19; EPINEY, *Beziehungen*, Rz. 4-18 u. 31.– COTTIER/WÜGER (S. 247) kritisieren, dass die Reformvorschläge zur Totalrevision noch ganz der Tradition der nationalstaatlichen Souveränität verpflichtet und nicht unter dem Aspekt optimaler Handlungsfähigkeit im Rahmen eines regionalen und globalen Systems angelegt seien.

gerechte internationale Ordnung“ (Art. 2 Abs. 1 u. 4 BV). Der Zweckartikel trägt damit der Tatsache Rechnung, dass die Schweiz nicht mehr wie 1848 von Monarchien umgeben ist, sondern von einem sich einigenden Europa und einer zunehmend interdependenten Welt (vgl. n° 6) ¹¹⁴¹; in Bezug auf die kleine, ressourcenknappe Schweiz ist der Begriff der Interdependenz allerdings ein Euphemismus, da die Verflechtungen der Schweiz mit dem Ausland vor allem Ausdruck ihrer *Dependenz* sind (vgl. n° 346) ¹¹⁴²: Sie „erleidet“ die internationalen Beziehungen über weite Strecken ¹¹⁴³.

In der neuen Verfassung werden neu auch *aussenpolitische Ziele* des Bundes genannt (Art. 54 Abs. 2): Der Bund soll sich für die Unabhängigkeit und Wohlfahrt der Schweiz einsetzen; zu diesem Zweck hat er insbesondere die Interessen der schweizerischen Wirtschaft im Auslande wahren (Art. 101 Abs. 1 BV) ¹¹⁴⁴. Weiter soll der Bund beitragen zur Linderung von Not und Armut in der Welt, zur Achtung der Menschenrechte und zur Förderung der Demokratie, zu einem friedlichen Zusammenleben der Völker sowie zur Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen ¹¹⁴⁵.

Man hat es aber in der neuen Verfassung nicht bei diesen wohlklingenden Erklärungen gelassen. Zur *Stellung des Völkerrechts* im Verhältnis zum schweizerischen Landesrecht findet sich neu eine konkrete Aussage: Die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts stellen eine Schranke der Verfassungsrevision dar (Art. 193 Abs. 4, Art. 194 Abs. 2 u. Art. 139 Abs. 3 BV) ¹¹⁴⁶. Im Übrigen verankert die Verfassung die Pflicht von Bund und Kantonen, das Völkerrecht zu beachten (Art. 5 Abs. 4 BV), und sie erklärt für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden Bundesgesetze und Völkerrecht als massgebend (Art. 191 BV); die Rangfrage wird damit wie bisher der Praxis überlassen (vgl. zum Ganzen sogleich n° 342-435) ¹¹⁴⁷.

Ausserdem wurden *völkerrechtliche Verpflichtungen mit Verfassungscharakter* in die BV integriert ¹¹⁴⁸. Beispielsweise ist Art. 13 Abs. 1 BV über den Schutz der Privatsphäre fast wörtlich von Art. 8 Abs. 1 EMRK abgeschrieben; das völkergewohn-

¹¹⁴¹ WILDHABER, *Kompetenzordnung*, S. 123; BIAGGINI, S. 724; vgl. THÜRER, *Verfassungsstaat*, S. 292

¹¹⁴² FREI, S. 474

¹¹⁴³ so WILDHABER, *Legalitätsprinzip*, S. 175

¹¹⁴⁴ Diese knappe Aussage zur Aussenwirtschaftspolitik entspricht allerdings der heutigen Bedeutung des internationalen Wirtschaftsrechts überhaupt nicht, die Verfassung bleibt hier introvertiert; vgl. GERHARD SCHMID, *Verfassungsgebung in einer zusammenwachsenden Welt*, in Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/René Schaffhauser/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen*, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen SZ 1998, S. 1051; COTTIER/HERTIG, S. 7, m. w. Hinw.

¹¹⁴⁵ s. zum Ganzen SCHWAB

¹¹⁴⁶ vgl. dazu RHINOW, *Bundesverfassung*, S. 364-365 u. 368

¹¹⁴⁷ vgl. Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 134 u. 429

¹¹⁴⁸ vgl. BIAGGINI, S. 727; KAYSER/RICHTER, S. 1032-1033; VILLIGER, *Handbuch*, Rz. 84; COTTIER/HERTIG, S. 6; RHINOW, *Bundesverfassung*, S. 358; HÄFELIN/HALLER, Rz. 204; THÜRER, *Verfassungsrecht*, Rz. 37

heitsrechtliche Non-Refoulement-Verbot hat Eingang in Art. 25 BV gefunden, und der UNO-Pakt I hat ein verfassungsrechtliches Pendant in Art. 41 BV gefunden, der einen Katalog von Sozialzielen enthält.

339. *Sie ist Ausdruck der gestiegenen Interdependenz.*- Die in der BV nun zum Ausdruck kommende Weltoffenheit kann auch als Ausdruck der gestiegenen Interdependenz der Staaten (n° 6) gelesen werden. Diese hat ihren Niederschlag auch in der verfassungsrechtlichen Niederschreibung der *Kompetenzverteilung in den auswärtigen Angelegenheiten* gefunden (s. *infra*, n° 438-486): Die Mitwirkungsrechte der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes sowie die Pflicht des Bundes zur föderalen Rücksichtnahme werden neu in der Verfassung ausdrücklich erwähnt (Art. 55 u. 147 BV, Art. 54 Abs. 3 BV; s. n° 447, 448 u. 443). Und die BV hält nun ausdrücklich fest, dass der Bundesrat bei der Besorgung der auswärtigen Angelegenheiten die Mitwirkungsrechte der Bundesversammlung zu wahren hat, die neu auf Verfassungsebene ausdrücklich erwähnt werden (Art. 184 Abs. 1 u. 166 Abs. 1 BV; s. n° 464).

340. *Die Interdependenz wirkt sich zu Gunsten des Bundes sowie der Exekutive und der Judikative aus.*- Trotz dieser Mitwirkungsrechte gewinnt aber der primär die Aussenpolitik führende Bundesrat an Gewicht. Dasselbe trifft zu für die Gerichte: Das Bundesgericht scheint – nicht zuletzt wohl unter dem Einfluss der EMRK-Organe, welche die Schweiz verurteilen können – zunehmend geneigt zu sein, dem Völkerrecht absoluten Vorrang auch vor dem Landesrecht einzuräumen. Und trotz der Mitwirkungsrechte verlieren die Kantone an Einfluss; innerhalb der Kantone sind es wiederum die Exekutiven die an Gewicht gewinnen (s. *infra*, n° 487-509).

A. Die innerstaatliche Stellung des Völkerrechts

341. *Völkerrecht in der Schweiz. Einheitliche Behandlung.*- Praktisch alle Staaten machen einen Unterschied bei der innerstaatlichen Wirkung von völkerrechtlichem Gewohnheitsrecht und allgemeinen Rechtsgrundsätzen einerseits und Vertragsrecht andererseits¹¹⁴⁹. Die Schweiz kennt diese Unterscheidung dagegen nicht. Auch dies hat in der Bundesverfassung von 1999 Ausdruck gefunden: Während nach dem Wortlaut von Art. 113 Abs. 3 und 114^{bis} Abs. 3 aBV für das Bundesgericht nur die von der Bundesversammlung genehmigten völkerrechtlichen Verträge massgebend waren,

¹¹⁴⁹ vgl. selbst bei den oben behandelten Staaten; FLEINER-GERSTER, S. 696

ist nun gemäss Art. 191 BV ausdrücklich das *Völkerrecht* für das *Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden* massgebend. Das Völkerrecht umfasst gemäss der Botschaft des Bundesrates „*neben den Staatsverträgen namentlich auch das Völkergewohnheitsrecht, die allgemeinen Regeln des Völkerrechts wie auch Beschlüsse von internationalen Organisationen, die für die Schweiz verbindlich sind*“¹¹⁵⁰, was bisheriger Lehre und Praxis entspricht¹¹⁵¹. Nicht ersichtlich ist, weshalb in Art. 189 BV, der nach der Botschaft des Bundesrates Art. 113 Abs. 1 u. 2 aBV der Rechtsprechung des Bundesgerichts gemäss nachführt¹¹⁵², weiterhin nur die Beschwerdemöglichkeit wegen Verletzung von völkerrechtlichen Verträgen ausdrücklich erwähnt wird, obschon vor Bundesgericht die Verletzung jeglicher internationalen Norm gerügt werden kann¹¹⁵³. Die Gleichsetzung aller völkerrechtlichen Rechtssätze bei gleichzeitiger Anerkennung des Vorranges des zwingenden Völkerrechts (Art. 193 Abs. 4 u. Art. 194 Abs. 2 sowie Art. 139 Abs. 3 BV) entspricht der Ansicht der Völkerrechtslehre (vgl. n° 54-55).

Die einheitliche Behandlung des Völkerrechts erklärt, weshalb, soweit ersichtlich, nur zwei Arbeiten explizit das Verhältnis von internationalem Gewohnheitsrecht und schweizerischem Landesrecht behandeln, wobei die eine Arbeit über dreissig Jahre alt ist, die andere – bezeichnenderweise – in Englisch abgefasst ist sowie der Schweiz nur einen Teil widmet; kurz sind sie beide¹¹⁵⁴. Und zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen fehlen gar spezifische Untersuchungen. LARDY schreibt in seiner Dissertation über die Verbindlichkeit des Völkerrechts im Landesrecht nicht einmal sechs Seiten über das Gewohnheitsrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze¹¹⁵⁵. Viel Literatur gibt es dagegen über das *ius cogens* als materielle Schranke der Verfassungsrevision und über völkerrechtliche Verträge¹¹⁵⁶, also über Fragen, die für einen Kleinstaat und eine direkte Demokratie von besonderer Bedeutung sind.

Gewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze werden nachfolgend gemeinsam und nach deutscher Terminologie (n° 75) unter dem Titel „allgemeine Regeln des Völkerrechts“ behandelt, da es keine Unterschiede in Geltung, Anwendung und Rang gibt. Eine gesonderte Behandlung drängt sich dagegen für die Verträge auf.

¹¹⁵⁰ Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 428

¹¹⁵¹ vgl. BGE 115 Ib 496, S. 499 E. 5b, *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, vom 2. November 1989; s. auch BGE 106 Ia 142, S. 146, *Sozialistische Lybische Arabische Volks-Jamahiriya c. Libyan American Oil Company (LIAMCO)*; BGE 82 I 75, S. 82, *Royaume de Grèce c. Banque Julius Bär & Cie*, vom 6. Juni 1956; SCHINDLER, *Die Schweiz und das Völkerrecht*, S. 111; vgl. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1828; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 428

¹¹⁵² Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 424

¹¹⁵³ s. etwa AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 2031

¹¹⁵⁴ es handelt sich um die Aufsätze von DOMINICÉ und WILDHABER/BREITENMOSER, insb. S. 196-199

¹¹⁵⁵ LARDY, S. 181-186

¹¹⁵⁶ s. die Literaturhinweise in n° 363-375 u. 383-433

342. *Gemässigter Monismus; strikter Monismus in Bezug auf ius cogens.* – Nach praktisch einhelliger Meinung von Lehre und Praxis ist die schweizerische Rechtsordnung monistisch¹¹⁵⁷. Es ist kein besonderes Verfahren nötig, damit Völkerrecht landesrechtliche Geltung erlangt. Genügend bestimmte Normen sind direkt anwendbar. Völkerrechtliche Verträge und internationale Beschlüsse sind allerdings – wie landesrechtliche Erlasse auch – grundsätzlich in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts zu publizieren, damit sie für die Einzelnen bindend sind (s. n° 393).

Die schweizerische Praxis ist die eines gemässigten Monismus (n° 63)¹¹⁵⁸. Ein Konflikt zwischen einer internationalen und einer internen Norm ist möglich, doch wird er im Allgemeinen zu Gunsten eines Vorrangs des Völkerrechts entschieden. In Bezug auf zwingendes Völkerrecht ist der strikte Monismus verwirklicht (n° 62): Schweizer Recht, das gegen *ius cogens* verstösst, ist nach übereinstimmender Auffassung von Lehre, Bundesrat und Parlament nichtig (s. *infra*, n° 363). In seiner jüngeren Rechtsprechung tendiert das Bundesgericht ausserdem dazu, auch Normen, die zwar nicht Teil des *ius cogens* sind, aber dem Schutz der Menschenrechte dienen, absoluten Vorrang einzuräumen (s. *infra*, n° 427).

PERRIN drückt die fast einhellige Meinung der Lehre aus, wenn er schreibt: « *La primauté des règles internationales que postule le monisme, à savoir une primauté qui se manifeste aussi bien dans l'ordre juridique interne que dans le droit des gens, est hautement désirable. S'accordant avec les principes fondamentaux de l'Etat de droit et même exigée par eux, elle est en outre conforme aux véritables intérêts vitaux – les intérêts à long terme – de tous les membres de la communauté internationale.* »¹¹⁵⁹

¹¹⁵⁷ S. für die Lehre etwa LARDY, S. 182 u. 186; GUGGENHEIM, S. 73 u. 74; DOMINICÉ, S. 12; MÜLLER, *Völkerrecht*, S. 223; MÜLLER/WILDHABER (2. Aufl.), S. 103; JACOT-GUILLARMOD, *Fondements*, S. 233, *Principes directeurs*, S. 383, u. *L'application directe*, S. 131; KÄLIN, *Geltungsgrund*, S. 54-55, *Verfahren*, S. 34-35, u. *Spannungsverhältnis*; SALADIN, S. 81; WILDHABER/BREITENMOSER, S. 196; FLEINER-GERSTER, S. 689; SCHINDLER, *Art. 85 Ziff. 5*, Rz. 55, u. *Die Schweiz und das Völkerrecht*, S. 110-111; HAEFLIGER, *Hierarchie*, S. 474 u. 479-480; VILLIGER, *Rechtsordnung*, S. 82; EPINEY, *Primat*, S. 541-542; COTTIER/PANNATIER, SJK 385, S. 3; COTTIER/HERTIG, S. 10-11; HANGARTNER, *Völkerrecht*, S. 654-655, *Widerspruch*, S. 13, u. *Verhältnis*, S. 204 u. 206; BIAGGINI, S. 726; KLEY, S. 1493; THÜRER, *Bundesverfassung und Völkerrecht*, Rz. 9, u. *Verfassungsrecht*, Rz. 20 u. 23; HOLZER, S. 21, 101 u. 119; KELLER, S. 226; ARNOLD, S. 53; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1266 u. 2030; HANGARTNER/KLEY, Rz. 518; RHINOW, *Bundesverfassung*, S. 365; STIRLING-ZANDA, S. 121; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1913; ACHERMANN, S. 38; WÜGER, S. 102; MICHEL, Rz. 15. – Anderer Ansicht CAYTAS S. 6, SIEGENTHALER, S. 209-210, und PERRIN, *Droit international public*, S. 840 Anm. 200, für den diese Meinung den Änderungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht Rechnung trägt. – Für die Praxis, s. Gemeinsame Stellungnahme, S. 403; Gutachten der Direktion für Völkerrecht, vom 18. März 1999, VPB 64 (2000) Nr. 21, S. 276; und die Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 134.

¹¹⁵⁸ KÄLIN, *Geltungsgrund*, S. 55; HANGARTNER, *Völkerrecht*, S. 664; HOLZER, S. 125; KLEY, S. 1493; COTTIER/HERTIG, S. 10; ACHERMANN, S. 38; WÜGER, S. 102

¹¹⁵⁹ PERRIN, *Rapports*, S. 127-128

343. *Dualistische Stimmen.*- Es gibt aber auch Stimmen, die für einen Übergang zum Dualismus plädieren. Da Wirkung und Auslegung des Völkerrechts von der internen Rechtsordnung abhingen, fragte sich Rechtsprofessor THOMAS FLEINER-GERSTER in einem Aufsatz von 1989, ob es angesichts der zunehmend skeptischen Haltung von Parlament und Volk gegenüber einer verstärkten internationalen Zusammenarbeit und angesichts der zunehmenden internationalen Normenflut nicht sinnvoller wäre, das Völkerrecht durch zusätzliche innerstaatliche Gesetze ins nationale Recht zu überführen, statt es unmittelbar im innerstaatlichen Recht gelten zu lassen. Das Völkerrecht könnte dann harmonisch in die schweizerische Rechtsordnung integriert werden. Möglicherweise könnten auch politische Widerstände gegen internationale Verträge aufgefangen werden, weil das Parlament Klarheit hätte, welche innerstaatlichen Auswirkungen ein völkerrechtlicher Vertrag hat, da die Gesetze bereits vor der Ratifikation vorliegen müssten. „(J)e länger je mehr Staaten setzen das Völkerrecht nicht mehr innerstaatlich durch oder sind nicht mehr bereit, völkerrechtliche Verpflichtungen einzugehen, weil die politischen Gesetzgeber nicht mehr wissen, was die unpolitischen Richter oder Verwaltungen damit machen werden. Der Dualismus von Völkerrecht und Landesrecht widerspricht zwar idealistischen Vorstellungen, dennoch ist er vielleicht realistischer und würde gerade deshalb eine verbesserte internationale Integration ermöglichen.“¹¹⁶⁰ Und neulich hat THOMAS COTTIER die Ansicht vertreten, die direkte Anwendbarkeit und der Vorrang völkerrechtlicher Verträge könnten umso überzeugender bejaht werden, je stärker diese demokratisch legitimiert seien. Fehle ihnen die demokratische Legitimation, so müsse diese durch Transformation hergestellt werden (vgl. n° 401)¹¹⁶¹.

Die Sorge des Parlaments, seine Kompetenzen würden im Zuge der Globalisierung vom Völkerrecht ausgehöhlt, kam in der Herbstsession 1996 zum Ausdruck, als CVP-Ständerat CARLO SCHMID als Ausweg den Übergang zum Dualismus vorschlug¹¹⁶², sein Rats- und Parteikollege HANSHEIRI INDERKUM mit einer parlamentarischen Initiative verlangte, die Bundesversammlung habe bei der Genehmigung von völkerrechtlichen Verträgen, welche Self-executing-Bestimmungen enthalten, zu beschliessen, ob und gegebenenfalls welche Bestimmungen zuerst in ein Gesetz transformiert werden müssen¹¹⁶³, und zwei SVP-Nationalräte eine Motion und eine Interpellation einreichten¹¹⁶⁴. J. ALEXANDER BAUMANN forderte die umgehende

¹¹⁶⁰ FLEINER-GERSTER, S. 697-699; vgl. COTTIER/WÜGER, S. 263-264; COTTIER/HERTIG, S. 27-29; COTTIER/WÜGER/ZELLWEGER, *Synthesebericht*, S. 7

¹¹⁶¹ COTTIER, *Synthesen*, S. 18-19

¹¹⁶² Amtl. Bull. StR 1996, S. 63; vgl. auch S. 346

¹¹⁶³ NR 96.444. Die am 4. Oktober 1996 eingereichte und am 7. Oktober 1999 zurückgezogene Initiative ist über die Internet-Geschäftsdatenbank des Parlaments *Curia Vista* (www.parlament.ch/afs) abrufbar.

¹¹⁶⁴ Motion J. ALEXANDER BAUMANN, Systemwechsel für die Einführung von Völkerrecht, und Interpellation SAMUEL SCHMID, Wechsel zum Dualismus, jeweils vom 3. Oktober 1996, sowie schriftliche Stellungnahme bzw. Antwort des Bundesrates, jeweils vom 9. Dezember 1996. Die Motion

Einführung des Dualismus, da „*unerwartete Auswirkungen der direkten Rechtsanwendung*“ zu Unsicherheiten darüber geführt hätten, ob bei Vertragsabschlüssen Vorbehalte anzubringen seien ¹¹⁶⁵, vor allem aber, weil das Vertragsreferendum nicht genüge. Und der jetzige Bundesrat SAMUEL SCHMID fragte den Bundesrat gleichentags an, was denn der Wechsel zum Dualismus für Auswirkungen hätte. Der Bundesrat befürwortete in seinen Antworten eine Ausdehnung des fakultativen Vertragsreferendums, um der zunehmenden Bedeutung des internationalen Rechts Rechnung zu tragen und die direktdemokratische Mitwirkung zu verstärken, lehnte aber die Motion ab. Beide Vorstösse wurden in der Herbstsession 1998 abgeschrieben, weil sie seit mehr als zwei Jahren hängig waren ¹¹⁶⁶. Der Dualismus ist für uns undogmatische Schweizer wohl zu gekünstelt, um darüber zu debattieren – wie HANGARTNER schrieb: „*Unsere Vorfahren hätten den Kopf geschüttelt, wenn man ihnen gesagt hätte, ein Vertrag zum Beispiel zwischen Schwyz und Uri müsse, um in Uri zu gelten, zunächst in ernerisches Recht ‚transformiert‘ werden.*“ ¹¹⁶⁷ Immerhin hat sich aber das Bundesgericht in den Zwanzigerjahren in zwei erratischen Entscheiden auf die dualistische Konstruktion gestützt (s. n° 386)

Der Übergang zum dualistischen System würde natürlich das Parlament stärken, wie seinerzeit im 17. Jahrhundert in England (n° 211). Die Verträge wären vermehrt dem Referendum unterstellt, was deren demokratische Legitimation vergrössern würde. Es ist auch gut möglich, dass die Beachtung des Völkerrechts besser gewährleistet wäre, wenn es in schweizerische Gesetze transformiert würde. Dass es damit andererseits seinen prinzipiellen Vorrang vor dem Landesrecht verlöre, liesse sich in Anlehnung an die deutsche Rechtsprechung wettmachen (s. n° 92). Entscheidende Nachteile sind jedoch die Schwerfälligkeit der Transformation und das Risiko von Widersprüchen zwischen Transformationsgesetz und völkerrechtlichem Vertrag, was auch grundsätzlich dualistische Staaten, wie z.B. Deutschland, das Vereinigte Königreich und Schweden, zur Technik des Vollzugsbefehls greifen lässt (vgl. n° 89-90, 211 *in fine* u. 309), und weshalb auch in den dualistischen EU-Mitgliedstaaten das Gemeinschaftsrecht unmittelbar gilt (vgl. wiederum Deutschland, n° 102, das Vereinigte Königreich, n° 222 u. Schweden, n° 324). Im Falle der Schweiz kommt dazu, dass das fakultative Gesetzesreferendum (Art. 141 Abs. 1 Bst. a BV) die

BAUMANN wurde gar nie behandelt, sie ist deshalb nur in der Übersicht über die Verhandlungen der Bundesversammlung (V/1998, Teil II, S. 28) publiziert. Die Stellungnahme des Bundesrates wird nie abgedruckt, wenn es ein Vorstoss nicht bis vor das Plenum schafft; sie ist deshalb nur über die Internet-Geschäftsdatenbank des Parlaments, *Curia Vista* (www.parlament.ch/afs), abrufbar. Für die Interpellation SCHMID und die Antwort des Bundesrates s. Amt. Bull. NR 1997, S. 586-588. S. auch J. ALEXANDER BAUMANNs Votum, in dem er seine Motion ankündigt, Amtl. Bull. NR 1996, S. 1690.

¹¹⁶⁵ Dies würde der US-amerikanischen Praxis entsprechen; s. n° 283 u. 286.

¹¹⁶⁶ gemäss Art. 40 Abs. 1 des Geschäftsreglements des Nationalrats, vom 22. Juni 1990 (SR 171.13); s. Übersicht über die Verhandlungen der Bundesversammlung V/1998, Teil II, S. 28

¹¹⁶⁷ HANGARTNER, *Verhältnis*, S. 206

aussenpolitischen Aktivitäten lähmen könnte (vgl. *infra*, n° 478) ¹¹⁶⁸. Das Vertragsreferendum hat denn auch den Ausgleich der sich widerstrebenden Grundsätze der aussenpolitischen Flexibilität und der innenpolitischen Legitimation zum Ziel (s. *infra*, n° 472) ¹¹⁶⁹. Ausserdem würde das Gesetzgebungsverfahren erheblich belastet. Und muss sich das Parlament wirklich um alle Verträge kümmern, die der Bundesrat heute selbständig abschliesst (s. n° 457)? – Wohl kaum; werden diese aber vom Bundesrat als Verordnungen in Landesrecht transformiert, so wäre der grundsätzliche Vorrang vor dem Landesrecht nicht gewährleistet. Der Ruf der Schweiz als verlässliche Vertragspartnerin würde dadurch gefährdet. Dies wäre nur schon durch den Übergang zum Dualismus der Fall, der zudem sicherlich als Zeichen der Isolation gedeutet würde. Das wäre ein falsches Signal, denn als Kleinstaat hat die Schweiz grösstes Interesse daran, keine Zweifel aufkommen zu lassen, dass sie ihre völkerrechtlichen Pflichten beachtet ¹¹⁷⁰. Ausserdem kann festgehalten werden, dass das Bundesgericht, wie wir noch sehen werden (in n° 396-401 u. 421 *in fine*), die Kompetenzen der Legislative beachtet, indem es völkerrechtliche Normen, die einen grossen politischen Gestaltungsspielraum offen lassen oder nicht den Intentionen der Bundesversammlung entsprechen, nicht anwendet. Allerdings scheint sich hier, zumindest wo es sich um Normen des Menschenrechtsschutzes handelt, eine Trendwende abzuzeichnen (n° 427).

344. *Monistischer Charakter der Bundesverfassung von 1874 ...* - Die Verfassung vom 29. Mai 1874 enthielt keinen Artikel, der das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht definiert hätte. Und soweit aus den Materialien ersichtlich, hat die verfassungsgebende Gewalt von 1874 – die mit anderen Fragen beschäftigt war, insbesondere dem Föderalismus – die Frage des Verhältnisses von Völkerrecht und Landesrecht nicht behandelt ¹¹⁷¹. Dennoch weist die aBV deutlich monistische Züge auf, wie z.B. WALTER KÄLIN nachgewiesen hat ¹¹⁷²: Sie sieht kein Verfahren vor, um Völkerrecht durch gesetzgeberischen Akt in Landesrecht zu transformieren, wie dies für einen dualistischen Staat typisch wäre; die Bundesversammlung hat die Ratifikation von Verträgen bloss zu genehmigen (Art. 85 Ziff. 5 aBV), worin kein Transformationsakt gesehen werden kann, da die Genehmigung nicht im Gesetzgebungsverfahren erfolgt und nicht dem Gesetzesreferendum untersteht (vgl. n° 386). Ausserdem tritt das Bundesgericht nach Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 aBV auf Beschwerden von Privaten wegen Verletzung von völkerrechtlichen Verträgen ein, und in konstanter Praxis lässt es die

¹¹⁶⁸ vgl. HANGARTNER, *ibid.*, u. *Widerspruch*, Untertitel „Andere Konzeptionen“

¹¹⁶⁹ SCHINDLER hält eine Transformation bereits wegen des Vertragsreferendums für überflüssig; IDEM, *Vorrang des Völkerrechts*, S. 332

¹¹⁷⁰ KÄLIN, *Spannungsverhältnis*; vgl. MICHEL, Rz. 21

¹¹⁷¹ HALLER, *Art. 113*, Rz. 144; OETER, S. 552-555

¹¹⁷² KÄLIN, *Geltungsgrund*, S. 55-56, m. w. Hinw.; s. auch IDEM, *Schubert*, S. 77; JACOT-GUILLARMOD, *Principes directeurs*, S. 427; Gemeinsame Stellungnahme, S. 403

Vertragsbeschwerde auch zu zur Rüge der Verletzung von Völkergewohnheitsrecht oder von Verträgen, die dem Parlament nicht zur Genehmigung unterbreitet wurden (n° 379). Die Verfassung erlaubt damit den Einzelnen, sich direkt auf völkerrechtliche Normen zu berufen, was wiederum klar der monistischen Auffassung entspricht. Und nach Art. 2 der Übergangsbestimmungen schliesslich traten mit der Annahme der Bundesverfassung von 1874 nur widersprechende „*Bestimmungen der eidgenössischen Gesetzgebung, der Konkordate, der kantonalen Verfassungen und Gesetze*“, nicht aber der Verträge mit dem Ausland ausser Kraft; offensichtlich habe der Verfassungsgeber Weitergeltung und Primat des Völkerrechts auch im Rahmen der neuen Verfassung anerkannt, schliesst KÄLIN. Auch wenn schon die Verfassung von 1874 der monistischen Konzeption entspricht, hinderte dies das Bundesgericht allerdings nicht daran, in den zwanziger Jahren eine dualistische Eskapade zu unternehmen (s. *infra*, n° 386).

345. ... und von 1999.- Die Schlussfolgerungen KÄLINS können auch auf die Bundesverfassung vom 18. April 1999 übertragen werden (zur Vertragsgenehmigung s. nun Art. 166 Abs. 2 BV, zum Beschwerderecht von Privatpersonen Art. 189 Abs. 1 Bst. c) ¹¹⁷³. In der neuen Verfassung kommt zudem viel stärker als in der alten das Bemühen um eine internationale Öffnung zum Ausdruck (n° 338). Entsprechend ist sie noch stärker vom Monismus geprägt: Sie bestimmt ausdrücklich, dass Bund und Kantone das Völkerrecht zu beachten haben (Art. 5 Abs. 4 BV), dass das Völkerrecht für alle rechtsanwendenden Behörden massgebend ist (Art. 191 BV), und sie enthält wie erwähnt (n° 338) nun sogar Bestimmungen über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht: Die Bundesverfassung darf nicht in Verletzung von zwingenden Regeln des Völkerrechts revidiert werden (Art. 193 Abs. 4 u. Art. 194 Abs. 2 sowie Art. 139 Abs. 3 BV). Eine weitere dualistische Exkursion des Bundesgerichts ist damit unwahrscheinlicher geworden.

346. *Die Beachtung des Völkerrechts liegt im Interesse der Schweiz.*- Ein Kleinstaat wie die Schweiz ist vom Ausland abhängig ¹¹⁷⁴. Die Schweiz hat nicht genügend natürliche Ressourcen, um sich selbst zu versorgen; sie ist vom Import abhängig. Der Heimmarkt ist zu klein: wichtige Branchen unserer Wirtschaft sind zu 80 % und mehr vom Export abhängig, rund 45 % des Bruttosozialprodukts werden im Verkehr mit dem Ausland erwirtschaftet. Diese Auslandsabhängigkeit macht die Schweiz verwundbar ¹¹⁷⁵. Die Vorherrschaft des Rechts („*Rule of Law*“), und nicht der Macht, ist

¹¹⁷³ HANGARTNER/KLEY, Rz. 518-519; ACHERMANN, S. 39; Michel, Rz. 16

¹¹⁷⁴ HANS VOGEL, *Der Kleinstaat in der Weltpolitik*, Frauenfeld 1979, S. 71-72; Aussenpolitischer Bericht 2000 des Bundesrates, S. 297 u. 308

¹¹⁷⁵ KÄLIN, *Verfassungsgrundsätze*, S. 263-265; SCHINDLER, *Weg*, S. 1033-1034

deshalb im vitalen Interesse der Schweiz ¹¹⁷⁶: „*Der kleine Staat hat seine grösste Stärke in seinem guten Recht.*“ ¹¹⁷⁷

347. *Beiträge der Schweiz zur Entwicklung des Völkerrechts. Aktive Politik bis zum 2. Weltkrieg.*- Die Schweiz hat sich seit dem 19. Jahrhundert für diejenigen Gebiete des Völkerrechts eingesetzt, die ihr als immerwährend neutraler Kleinstaat besonders nahe liegen ¹¹⁷⁸: Es gibt kein anderes Teilgebiet des Völkerrechts, auf das ein einzelner Staat so nachhaltigen Einfluss ausüben konnte wie die Schweiz auf das *humanitäre Völkerrecht*. Die erste Kodifikation wurde 1864 an einer vom Bundesrat einberufenen Staatenkonferenz erzielt, und alle Entwürfe für die Weiterentwicklung der Genfer Konventionen gingen seither vom IKRK aus, dem ausschliesslich Schweizerinnen und Schweizer angehören dürfen ¹¹⁷⁹. Zu Ehren der Schweiz wurde das Zeichen des roten Kreuzes durch Umstellung der eidgenössischen Farben gebildet ¹¹⁸⁰. Die Staatenpraxis der Schweiz hat im Weiteren das *Neutralitätsrecht* massgebend beeinflusst ¹¹⁸¹. Seit dem 1. Weltkrieg setzte sie sich ausserdem aktiv für die *friedliche Streitbeilegung* zwischenstaatlicher Konflikte und insbesondere die Schiedsgerichtsbarkeit ein ¹¹⁸². Eine Pionierrolle übernahm die Schweiz Ende des 19. Jahrhunderts auch auf dem Gebiet des *Schutzes der Arbeitnehmenden*, was humanitäre, aber nicht zuletzt auch wirtschaftliche Gründe gehabt haben dürfte, denn in der Schweiz war dieser bereits fortgeschritten und beeinträchtigte die internationale Konkurrenzfähigkeit. Seit aus der 1919 gegründeten Internationalen Arbeitsorganisation Abkommen hervorgehen, welche die schweizerischen Standards übertreffen, hat sich die Schweiz in diesem Bereich

¹¹⁷⁶ SCHINDLER, *Die Schweiz und das Völkerrecht*, S. 101

¹¹⁷⁷ So der Bundesrat in seinem von MAX HUBER verfassten Bericht vom 11. Dezember 1919 über internationale Schiedsverträge (BBl 1919 V 929); s. auch den Bericht des Bundesrates über die Legislaturplanung 1999-2003, vom 11. März 2000, S. 3; SCHINDLER, *Die Schweiz und das Völkerrecht*, S. 106, und KÄLIN, *Spannungsverhältnis*. – Dieser Satz hat nach wie vor seine Gültigkeit. Die Auseinandersetzungen über die Rolle der Schweiz während des 2. Weltkriegs und die damit verbundenen Turbulenzen mit den USA haben darüber hinaus deutlich gemacht, dass die Aussenpolitik nicht nur von Staaten bestimmt wird; vgl. Aussenpolitischer Bericht 2000 des Bundesrates, S. 327

¹¹⁷⁸ SCHINDLER, *Die Schweiz und das Völkerrecht*, S. 102; für die Ziele und Maximen der schweizerischen Aussenpolitik, vgl. KÄLIN, *Verfassungsgrundsätze*, S. 289 ff., und MONNIER, S. 126 ff.

¹¹⁷⁹ Art. 7 Ziff. 1 der Statuten vom 24. Juni 1998. – Die Statuten sind publiziert in der *Revue internationale de la Croix-Rouge* Nr. 831, vom 30. September 1998, S. 577-583, und abrufbar unter www.icrc.org/icrcfre.nsf/c12562970032543b412561f6004fad66/7d086bce3a3a8c90412566be004bc841?OpenDocument. Die Statuten vom 24. Juni 1998 ersetzen die Statuten vom 21. Juni 1973, welche die selbe Vorschrift enthielten in Art. 6 Ziff. 1. Sie sind am 20. Juli 1998 in Kraft getreten.

¹¹⁸⁰ Art. 38 Abs. 1 des Genfer Abkommens vom 12. August 1949 zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der bewaffneten Kräfte im Felde, SR 0.518.12; MONNIER, S. 127-128; SCHINDLER, *ibid.*, S. 103

¹¹⁸¹ SCHINDLER, *ibid.*, S. 103-104

¹¹⁸² MONNIER, S. 128; SCHINDLER, *ibid.*, S. 106

zurückgehalten und wesentlich weniger Abkommen als die meisten anderen Industriestaaten ratifiziert ¹¹⁸³.

In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts berief die Schweiz zahlreiche internationale Konferenzen ein. Sie war treibende Kraft zur Gründung internationaler Organisationen, in deren Rahmen die durch die Industrialisierung und den zunehmenden Verkehr entstandenen Probleme gelöst werden sollten, und wurde deren Sitz: Weltpostverein, internationale Union zum Schutz literarischer und künstlerischer Werke, Zentralamt für den internationalen Transport ¹¹⁸⁴. Die Aktivitäten der Schweiz wurden durch die damals verbreitete Ansicht begünstigt, dauernd neutrale Staaten seien als Friedensinseln zu solchen Aufgaben besonders berufen. Sie gingen durch den 1. Weltkrieg und die Gründung des Völkerbunds, der verschiedene bisher von der Schweiz wahrgenommene Aufgaben übernahm, zurück. Aber die Schweiz war ein aktives Mitglied des Völkerbunds, so dass ihr Einfluss auf das Völkerrecht nicht abnahm ¹¹⁸⁵.

348. *Abnahme des Einflusses nach dem 2. Weltkrieg.*- Nach dem 2. Weltkrieg war die Schweiz mit einer neuen politischen Lage konfrontiert: Die Beseitigung der Kriegsfolgen war noch schwieriger als 1919 und Schlichtungsverfahren seltener; gegenüber den Neutralen überwogen feindselige Empfindungen; zudem war die Schweiz nicht Mitglied der neuen universellen Organisation, der UNO ¹¹⁸⁶. So verkleinerte sich die Rolle der Schweiz beträchtlich, während die Kodifikation und die Weiterentwicklung des Völkerrechts ein noch nie gekanntes Ausmass annahmen (vgl. n° 23) ¹¹⁸⁷.

Der Grund der Zurückhaltung der Schweiz lag einerseits im Bestreben, internationalen Abkommen, die Landesrecht berührten oder diesem nicht voll entsprachen, fernzubleiben, andererseits im Vertragsreferendum, das – wie z.B. im Falle des 1986 wuchtig von Volk und Ständen verworfenen UNO-Beitritts ¹¹⁸⁸ – bremsend wirkte (vgl. n° 472), und ausserdem in einer durch die dauernde Neutralität verursachten Abwehrhaltung gegen internationale Einbindungen ¹¹⁸⁹. Insbesondere bei

¹¹⁸³ SCHINDLER, *ibid.*

¹¹⁸⁴ SCHINDLER, *ibid.*, S. 107-108

¹¹⁸⁵ *ibid.*, S. 102; vgl. ALBERT HAUSER, *Bundesrat und Volk. Lehren aus der Zeit des Völkerbunds*, NZZ Nr. 153 vom 4. Juli 1994, S. 15

¹¹⁸⁶ MONNIER, S. 128-129

¹¹⁸⁷ SCHINDLER, *Die Schweiz und das Völkerrecht*, S. 102 u. 108; Aussenpolitischer Bericht 2000 des Bundesrates, S. 315 u. 326; vgl. auch RHINOW, *Volksrechte*, S. 94-95

¹¹⁸⁸ BBI 1986 II 98

¹¹⁸⁹ SCHINDLER, *Die Schweiz und das Völkerrecht*, S. 108; vgl. kritisch HANS ULRICH JOST (*Quelques jalons historiques pour l'analyse de la politique extérieure suisse*, in: Delley, S. 16), der das Abseitsstehen der Schweiz damit erklärt, dass die schweizerische Aussenpolitik ausschliesslich wirtschaftlichen Zielen diene

den nach dem 2. Weltkrieg einsetzenden Bestrebungen zu einem internationalen Schutz der Menschenrechte übte sich die Schweiz anfangs wegen den damit verbundenen Auswirkungen auf die innerstaatliche Ordnung in Zurückhaltung. Einzig bei den Abkommen der UNO ¹¹⁹⁰ und des Europarates ¹¹⁹¹ gegen die *Folter*, von denen sie – wie vom humanitären Völkerrecht – kaum berührt wird, übernahm sie in den achtziger Jahren eine Pionierrolle und ratifizierte diese als eine der ersten Staaten ¹¹⁹². Die *UNO-Menschenrechtspakte* von 1966 ratifizierte sie erst 1992, wobei sie zum Pakt über bürgerliche und politische Rechte zahlreiche Vorbehalte anbrachte, damit sie das interne Recht nicht anpassen musste ¹¹⁹³. Auch dem *GATT* trat die Schweiz erst spät bei (1959 provisorisch, 1966 definitiv) ¹¹⁹⁴.

Auch im Europäischen Vereinigungsprozess stand die Schweiz abseits. Bei der *OSZE* – 1973 unter aktiver Beteiligung der Schweiz ¹¹⁹⁵ als KSZE ins Leben gerufen – setzte sich die Schweiz zwar, ihrer Tradition getreu, von Anfang an aktiv für die Friedenssicherung ein ¹¹⁹⁶. Mit dem 1963 erfolgten Beitritt zum Europarat und der Ratifizierung der *EMRK* im Jahre 1974 band sich die Schweiz aber erst spät stärker in Europa ein ¹¹⁹⁷. Im wirtschaftlichen Bereich kam die Zusammenarbeit mit den europäischen Staaten bislang nicht über die *EFTA* hinaus ¹¹⁹⁸.

Der Verlust an Einfluss auf der internationalen Bühne wurde in der Schweiz jedoch lange nicht als Nachteil empfunden. Wurde das Land nicht immer reicher, und hatten die beiden Weltkriege nicht gezeigt, dass man im Alleingang besser fuhr? Und während man die Souveränität und Unabhängigkeit der Schweiz lobte, bemerkte man nicht, dass sich die Abhängigkeit von internationalen Normen, die ohne die Mitarbeit der Schweiz entstanden, vergrösserte. Die oft wiederholte Bekräftigung der besonderen Bedeutung des Völkerrechts für den Kleinstaat wurde zur weitgehend leeren Formel. Man vergass die entscheidende Bedeutung der aktiven Mitwirkung an der Gestaltung des Völkerrechts in einer zunehmend interdependenter werdenden Welt ¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁰ Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, vom 10. Dezember 1984, SR 0.105

¹¹⁹¹ Europäisches Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (mit Anlage), vom 26. November 1987, SR 0.106

¹¹⁹² SCHINDLER, *Die Schweiz und das Völkerrecht*, S. 106-107

¹¹⁹³ vgl. GIORGIO MALINVERNI, *Les réserves de la Suisse*, in: KÄLIN/MALINVERNI/NOWAK, S. 94-95

¹¹⁹⁴ SCHINDLER, *Weg*, S. 1035; HÄFELIN/HALLER, Rz. 200

¹¹⁹⁵ HANS-JÖRG RENK, *Vor 20 Jahren: Schlussakte von Helsinki. Die Rolle der Schweiz bei der Entstehung der KSZE*, NZZ Nr. 175 vom 31. Juli 1995, S. 11

¹¹⁹⁶ SCHINDLER, *Die Schweiz und das Völkerrecht*, S. 106; HÄFELIN/HALLER, Rz. 194

¹¹⁹⁷ vgl. SCHINDLER, *Weg*, S. 1035; HÄFELIN/HALLER, Rz. 193

¹¹⁹⁸ vgl. HÄFELIN/HALLER, Rz. 196-199

¹¹⁹⁹ SCHINDLER, *Weg*, S. 102; KÄLIN, *Verfassungsgrundsätze*, S. 262-263

349. *Rückkehr zu einer aktiven Aussenpolitik?*- Das Ende des Kalten Krieges hat den aussenpolitischen Spielraum der Schweiz in den letzten zehn Jahren erweitert. Die Schweiz hat dies vor allem im sicherheitspolitischen Bereich genutzt. Insbesondere hat sie an *friedenserhaltenden Aktionen* im Rahmen von UNO und OSZE mitgewirkt ¹²⁰⁰. Auf dem Gebiet der *Rüstungskontroll- und Abrüstungspolitik* hat sie sich erfolgreich für ein Verbot chemischer Waffen (1993) ¹²⁰¹, der Kernversuche (1996) und der Personenminen (1997) eingesetzt. Zudem wurde die Schweiz 1996 Mitglied der Genfer Abrüstungskonferenz ¹²⁰². Auch an der Ausarbeitung zahlreicher Konventionen im *Umweltbereich* war die Schweiz führend beteiligt. Sie hat auf die Ausgestaltung der internationalen Umweltpolitik massgeblich Einfluss nehmen können ¹²⁰³. Im *wirtschaftlichen Bereich* schloss die Schweiz Ende 1998 sieben bilaterale Abkommen mit der EU ab ¹²⁰⁴, trat 1995 vom GATT in die neu gegründete Welthandelsorganisation (WTO) über ¹²⁰⁵ und 1992 den Institutionen von Bretton Woods bei ¹²⁰⁶.

Im Aussenpolitischen Bericht 2000 betont der Bundesrat – sozusagen in Rückbesinnung auf MAX HUBER (n° 347 *in fine*, Fn. 1177) – die Wichtigkeit, die „*das Recht als Schutz kleinerer Staaten*“ habe: „*Diese haben ein besonderes Interesse daran, dass sich die internationalen Beziehungen auf der Grundlage und im Rahmen einer allgemein anerkannten Weltordnung abspielen. Der Einsatz für das Völkerrecht ist deshalb eine Konstante der schweizerischen Aussenpolitik.*“ ¹²⁰⁷. Aus der Erkenntnis heraus, dass viele wesentliche Entscheide auf internationaler Ebene fallen, spricht er sich für einen Beitritt zur UNO und zur EU aus ¹²⁰⁸. Insbesondere die Entscheidungen der EU muss die Schweiz in vielen Fällen zur Wahrung ihrer Interessen nachvollziehen ¹²⁰⁹. „*Aussen- und Innenpolitik lassen sich nicht trennen, sondern sind häufig nur die beiden Seiten der gleichen Münze. (...) Aussenpolitische Sachentscheide bedingen Kenntnis und Verständnis für internationale Zusammenhänge und ihre Auswirkungen auf innenpolitische Themen. Mit einer gezielten Verstärkung der Informations- und Bildungsarbeit will der Bundesrat das Bewusstsein für die schweizerischen Handlungsmöglichkeiten und Handelszwänge fördern.*“ ¹²¹⁰

¹²⁰⁰ Aussenpolitischer Bericht 2000 des Bundesrates, S. 269

¹²⁰¹ Übereinkommen über das Verbot chemischer Waffen, vom 13. Januar 1993 (SR 0.515.08)

¹²⁰² KÄLIN, *Verfassungsgrundsätze*, S. 271

¹²⁰³ *ibid.*

¹²⁰⁴ BBl 1999 8633; 2000 3773

¹²⁰⁵ s. unter SR 0.632.2

¹²⁰⁶ s. unter SR 0.979

¹²⁰⁷ Aussenpolitischer Bericht 2000 des Bundesrates, S. 268; vgl. auch *ibid.*, S. 315

¹²⁰⁸ *ibid.*, S. 292, 313, 316

¹²⁰⁹ vgl. *ibid.*, S. 317

¹²¹⁰ *ibid.*, S. 295

Nach dem jahrzehntelangen Lob der Unabhängigkeit des Sonderfalls Schweiz tut eine „*kohärente und koordinierte Informationspolitik (...), welche die aussenpolitischen Einzelvorhaben und Massnahmen in den Gesamtzusammenhang stellt*“¹²¹¹, tatsächlich Not, will der Bundesrat seine Ziele verwirklichen können¹²¹². Fast könnte man glauben, er sei der Auffassung, dass die heutigen Stimmberechtigten nicht mehr zu einer aussenpolitischen Kurskorrektur zu bewegen seien, denn er „*will der Information für die Jugend besondere Wichtigkeit einräumen*“¹²¹³. Jedenfalls wird der Weg steinig sein¹²¹⁴, denn nicht nur vielen Angehörigen der Aktivdienstgeneration wird es grundsätzlich widerstreben, einer Organisation beizutreten, in der einige Staaten gleicher sind als die anderen und ein Vetorecht besitzen¹²¹⁵, oder einer Union anzugehören, deren Konzept aus den fünfziger Jahren stammt und die nach wie vor auf ungehinderte Güterströme setzt, während nach heutigen Erkenntnissen kleinräumige Einheiten, die Wohnen, Arbeit und Konsum vereinen, mit einer nachhaltigen Entwicklung besser vereinbar wären¹²¹⁶. Die Ablehnung der Volksinitiative „*Ja zu Europa!*“ an der Abstimmung vom 4. März 2001 durch 76,8 % der Stimmberechtigten und alle Stände¹²¹⁷ spricht eine deutliche Sprache, auch wenn der Bundesrat daran festhält, dass dies nur ein „Nein“ zu sofortigen Beitrittsverhandlungen gewesen sei und nicht mehr¹²¹⁸. In Bezug auf die UNO war der Bundesrat dagegen erfolgreich: Die Volksinitiative „*für den Beitritt der Schweiz zur Organisation der Vereinten Nationen (UNO)*“ ist von Volk und Ständen am 3. März 2002 angenommen worden¹²¹⁹.

¹²¹¹ *ibid.*, S. 296

¹²¹² vgl. HUGO BÜTLER, Die Verankerung der Aussenpolitik in der Innenpolitik. Elemente eines Ist-Zustandes, NZZ Nr. 149 vom 30. Juni 1995, S. 15; AUBERT, *Réforme*, S. 992, u. *Etendre*, S. 110; CURT GASTEYGER, *Aussenpolitik als Aufgabe. Abschied von mythisch überhöhten Grundsätzen*, NZZ Nr. 46 vom 24./25. Februar 2001

¹²¹³ Aussenpolitischer Bericht 2000 des Bundesrates, S. 296

¹²¹⁴ vgl. dazu SCHINDLER, *Weg*, S. 1032-1033 u. 1039-1041; GEORG KREIS, *Neue Verhältnisse – veränderte Haltungen. Die schweizerische UNO-Diskussion seit 1945*, NZZ Nr. 2 vom 4. Januar 2002, S. 15

¹²¹⁵ vgl. auch die bittere Beurteilung durch MARY ROBINSON, die ihren – später zurückgezogenen – Rücktritt als UNO-Hochkommissarin für Menschenrechte damit begründete, dass sie ausserhalb des UNO-Systems mehr erreichen könne, weil dieses an der Obstruktion derjenigen Staaten kranke, welche der Kritik ausgesetzt seien (NZZ Nr. 66 vom 20. März 2001, S. 9)

¹²¹⁶ vgl. THÜRER, *Verfassungsdenken*, S. 232-233

¹²¹⁷ BBl 2001 2075

¹²¹⁸ NZZ Nr. 53 vom 5. März 2001, S. 10

¹²¹⁹ BBl 2002 3690; für Pressereaktionen, s. NZZ Nr. 52 vom 4. März 2002, S. 9-11, u. Nr. 53 vom 5. März 2002, S. 15

1. Allgemeine Regeln des Völkerrechts

350. *Keine Hinweise in der Verfassung vom 29. Mai 1874.*- Die Verfassung vom 29. Mai 1874 enthielt keine Bestimmungen über Geltung, Anwendung oder Rang der allgemeinen Regeln des Völkerrechts. Man könnte höchstens auf Art. 112 Ziff. 2 aBV verweisen, wonach das Bundesgericht, mit Zuziehung von Geschworenen, welche über die Tatfrage absprechen, in Straffällen über Verbrechen und Vergehen gegen das Völkerrecht urteilt. Von dieser Bestimmung liesse sich ableiten, dass Völkerrecht, also auch das internationale Gewohnheitsrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze, offenbar unmittelbare Geltung und direkte Anwendbarkeit geniesst. Manche Autoren betrachteten die unmittelbare Geltung und die direkte Anwendbarkeit des Völkerrechts denn auch als ungeschriebene Verfassungsgrundsätze ¹²²⁰.

351. *Hinweise in der Verfassung vom 18. April 1999.*- Art. 5 Abs. 4 BV verpflichtet Bund und Kantone zur Beachtung des Völkerrechts. Aus dieser Bestimmung lässt sich die unmittelbare Geltung und die direkte Anwendbarkeit der allgemeinen Regeln des Völkerrechts als wichtige Völkerrechtsquellen ableiten. Über den Rang des Gewohnheitsrechts und der allgemeinen Rechtsgrundsätze lässt sich indessen aus ihr nichts Verbindliches entnehmen (n° 406). Gleiches gilt für Art. 191 BV, wonach Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend sind; auch er überlässt die Beantwortung der Rangfrage, wie früher Art. 113 Abs. 3 aBV, der Praxis (n° 403-404) ¹²²¹. Die Rangfrage wird einzig im Zusammenhang mit der Revision der Bundesverfassung entschieden (Art. 193 Abs. 4 und Art. 194 Abs. 2 BV, Art. 139 Abs. 3 BV): Die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts dürfen nicht verletzt werden. Der absolute Vorrang des *ius cogens* vor dem Landesrecht – aber auch vor anderen Normen des Völkerrechts – ist damit in der Verfassung festgehalten, denn dieser Grundsatz gilt nicht nur für Verfassungsrevisionen (n° 375), sondern – *a fortiori* und wegen des Vorrangs der Verfassung – allgemein (n° 363) ¹²²².

¹²²⁰ JACOT-GUILLARMOD, *Principes directeurs*, S. 427; KÄLIN, *Geltungsgrund*, S. 55-56, m. w. Hinw., u. Schubert, S. 77; WILDHABER/BREITENMOSER, S. 196; wohl auch SCHWEIZER, *Gerichte*, S. 623; s. auch die Hinweise in Fn. 1350

¹²²¹ vgl. Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 134 u. 429

¹²²² vgl. *ibid.*, S. 433-434

a) Geltung

352. *Unmittelbare Geltung: Die Lehre.*- Wenn die unmittelbare Geltung des Völkerrechts nun deutlicher als zuvor aus der Bundesverfassung abgeleitet werden kann (n° 344-345, 351), so bedeutet dies doch keine Neuerung. Die Lehre hatte bereits unter der Verfassung von 1874 praktisch einhellig die Auffassung vertreten, dass Völkerrecht unmittelbar innerstaatlich gelte, wobei sich die Autoren meist mit dieser Feststellung begnügten; bisweilen wurde auf den Monismus als theoretische Begründung verwiesen ¹²²³.

353. *Die Praxis des Bundesgerichts.*- Das Bundesgericht hat sich mehrmals über die Geltung des internationalen Gewohnheitsrechts in der internen Rechtsordnung ausgesprochen. Es hat dabei die Auffassung der Lehre bestätigt. So wie diese verzichtet das Bundesgericht dabei auf eine theoretische Begründung der unmittelbaren Geltung; höchstens wird diese mit der „Natur“ des Gewohnheitsrechts begründet, nach der es innerstaatlich allgemeine Geltung beanspruche und deshalb dem „einheitlichen internen Rechte“ gleichgestellt sein müsse, wie es im Leitentscheid zur Geltung des internationalen Gewohnheitsrechts, dem Urteil i. S. K. k. Österreichisches Finanzministerium c. Dreyfus, vom 13. März 1918, heisst ¹²²⁴:

Ludwig Dreyfus „von und in Zürich“ besass österreichische Staatsschatz-Anweisungen vom Jahre 1914 und wollte diese 1917 einlösen, was die als Zahlstelle angegebene Basler Handelsbank verweigerte, weil er „die mit Rücksicht auf die österreichische Kriegsgesetzgebung verlangte eidesstattliche Erklärung, dass die Titel nicht im Eigentum eines Österreich feindlichen Staatsangehörigen ständen und schon vor dem 31. Juli 1914 in der Schweiz deponiert gewesen seien, nicht unterzeichnen wollte.“ Nachdem Dreyfus zuvor erfolglos beim Zürcher Arrestrichter vorstellig geworden war, gelang es ihm in Basel-Stadt, einen Arrest auf österreichischen Guthaben zu erwirken. Das österreichische Finanzministerium beantragte daraufhin mit staatsrechtlicher Beschwerde beim Bundesgericht die Aufhebung des Arrests, wobei es insbesondere geltend machte, dieser verletze willkürlich den völkerrechtlichen Grundsatz der Staatenimmunität. Das Bundesgericht anerkannte – ohne weitere Begründung – die unmittelbare Geltung des Völkerrechts im Schweizer Landesrecht: „In materieller Hinsicht wird mit der Bestreitung der Zulässigkeit des angefochtenen Arrestes wegen des völkerrechtlichen Grundsatzes der Extraterritorialität oder Exemption der auswärtigen Staaten gegenüber der inländischen Gerichtsbarkeit eine Gerichtsbarkeitsklage oder Gerichtsstandsfrage im weiteren Sinn aufgeworfen. Und zwar ist das hiefür massgebende Völkerrecht in der Schweiz als eidgenössisches

¹²²³ s. die Hinw. in Fn. 1157

¹²²⁴ BGE 44 I 49

*Recht zu betrachten, da es seiner Natur nach innerstaatlich allgemeine Geltung beansprucht und deshalb dem einheitlichen internen Rechte gleichgestellt sein muss. Gegenstand der Klage bildet somit in diesem Punkte eine Gerichtsstandsfrage eidgenössischen Rechts, die als solche gemäss Art. 189 Abs. 3 OG vom Bundesgericht nicht nur im Rahmen der vom Rekurrenten angerufenen beschränkten Kognition (Art. 4 und 58 BV) zu überprüfen, sondern frei und selbständig zu beurteilen ist.“*¹²²⁵

354. *Fortsetzung. Nachweis des Gewohnheitsrechts.*- Das Bundesgericht untersuchte darauf die ausländische Lehre und Gerichtspraxis sowie einen vom *Institut de droit international* ausgearbeiteten Entwurf einer internationalen Regelung der Staatenimmunität, um zum Schluss zu kommen, dass diese „*keineswegs als allgemein und vorbehaltlos anerkannt gelten kann*“, wenn es um privatrechtliche Handlungen gehe. Angesichts dieser Rechtslage dürfe die schweizerische Gerichtsbarkeit für den hier gegebenen Tatbestand unbedenklich bejaht werden.

Die Bundesrichter untersuchten zur Feststellung, ob die von Österreich geltend gemachte Immunitätsregel existiere, Lehre und Praxis der ausländischen Staaten; der Nachweis einer gewohnheitsrechtlichen Norm wurde also nicht von deren Anerkennung durch die Schweizer Praxis oder Lehre abhängig gemacht. Auch dies entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts, was ein weiterer – jüngerer – Entscheid illustriert, *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, vom 2. November 1989¹²²⁶: Der Staatsanwalt für den südlichen Distrikt von New York hatte gegen Ferdinand und Imelda Marcos eine Strafuntersuchung wegen massiver Veruntreuung von Guthaben und Kunstwerken eröffnet, welche diese zwischen 1981 und 1986 in ihrer Eigenschaft als Präsident der Republik resp. als Sozialministerin und Gouverneurin der Hauptstadt Manila zum Nachteil der USA und der Philippinen begangen haben sollen. Für diese Untersuchung beantragte das Justizdepartement der USA gestützt auf das US-schweizerische Abkommen über Rechtshilfe in Strafsachen beim Bundesamt für Polizeiwesen die Aushändigung verschiedener Bankdokumente. Gegen den Entscheid des Polizeidepartements, auf das Rechtshilfegesuch einzutreten, wehrte sich das Ehepaar Marcos mit einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Es machte geltend, als ehemalige Staatsoberhäupter geniesse es diplomatische Immunität. Das Bundesgericht trat auf dieses Argument ein unter Hinweis auf seine Rechtsprechung und schweizerische Lehre: « *(L)es principes du droit des gens font partie intégrante du droit interne suisse. Les tribunaux suisses appliquent donc les règles de droit international coutumier de la même manière que s'il s'agissait d'un traité international (...).* »

¹²²⁵ *ibid.*, S. 53-54

¹²²⁶ BGE 115 Ib 496; s. auch BGE 113 Ib 257, *Marcos et associés c. Chambre d'accusation de Genève*, vom 1. Juli 1987, sowie BGE 124 III 293, S. 331-332, *Politische Gemeinde Glatfelden et al. c. Kanton Zürich* und BGE 118 Ib 562, *Groupement d'entreprises Fourgeroll et consorts c. CERN*, vom 21. Dezember 1992

Danach stellte es gestützt auf SEIDL-HOHENVELDERN lapidar die Existenz der von Imelda und Ferdinand Marcos geltend gemachte gewohnheitsrechtlichen Norm fest: *« Le droit international coutumier a de tout temps reconnu aux chefs d'Etat – ainsi qu'aux membres de leur famille et à leur suite lorsqu'ils séjournent dans un Etat étranger – les privilèges de l'inviolabilité personnelle et de l'immunité de juridiction pénale (...) »* Es führte darauf den Inhalt dieser Regel näher aus, wobei es sich auf die schweizerische, französische und deutsche Lehre stützte. Es kam anschliessend nach einer Analyse dreier einschlägiger internationaler Übereinkommen und eines Berichts der Völkerrechtskommission zum Schluss, dass die Immunität des Staatsoberhauptes durch dessen Staat aufgehoben werden könne und andererseits nur während dessen Amtszeit gelte, dabei aber für die während der Amtszeit ausgeführten Handlungen bestehen bleibe. Nun sollte das Ehepaar Marcos zwar für Handlungen belangt werden, die es während der Amtszeit begangen hatte. Das Departement für auswärtige Angelegenheiten der Philippinen hatte der amerikanischen Botschaft in Manila im Oktober 1988 aber eine Note zugestellt, wonach *„le gouvernement philippin renonce par la présente à toute immunité (...) dont l'ancien Président philippin Ferdinand Marcos et son épouse Imelda Marcos pourraient jouir ou dont ils pourraient avoir joui sur la base du droit américain ou du droit international“*, so dass das Bundesgericht zum Schluss kam, die Rechtshilfe sei zu Recht gewährt worden.

355. *Fortsetzung. Gleichsetzung mit Landes- und mit Vertragsrecht.* – Das Bundesgericht setzt also Völkergewohnheitsrecht sowohl mit Völkervertragsrecht als auch mit Landesrecht gleich ¹²²⁷. Die in den zitierten Entscheiden verwendeten Formulierungen erinnern an die Formel *„international law is part of the law of the land“* der englischen und amerikanischen Gerichte (*supra*, n° 199, n° 240). Sie sind auch in der Schweiz nicht als Ausdruck der dualistischen Lehre zu verstehen. Sie erklären sich im Fall *Dreyfus* vielmehr aus der Notwendigkeit, das Eintreten auf eine staatsrechtliche Beschwerde zu begründen, mit der die Verletzung von bundesrechtlichen Vorschriften über die Zuständigkeit der Behörden oder von völkerrechtlichen Verträgen gerügt werden kann, und im Falle *Marcos* daraus, dass mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde die Verletzung von Bundesrecht geltend gemacht werden kann ¹²²⁸. Sie

¹²²⁷ s. auch BGE 125 II 417, S. 424-425 E. 4d, A. c. *Schweizerischer Bundesrat*, vom 26. Juli 1999, und BGE 117 Ib 337, S. 340 E. 2a, P. c. *Office fédéral de la police*, vom 14. Oktober 1991; vgl. HANGARTNER, *Völkerrecht*, S. 658-659, und *Verhältnis*, S. 204

¹²²⁸ nun Art. 84 Abs. 1 Bst. c und d OG und Art. 104 Bst. a OG; in einem – isoliert gebliebenen – Entscheid *Luchsinger c. Regierungsrat des Kantons Thurgau*, vom 31. Oktober 1885 (BGE 11, 409, S. 413 E. 3), hatte das Bundesgericht noch entschieden, *„dass Art. 113 der Bundesverfassung und Art. 59 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege ein Beschwerderecht an das Bundesgericht wegen „völkerrechtlicher Grundsätze“ nicht allgemein sondern nur dann gewähren, wenn die völkerrechtlichen Grundsätze durch Staatsverträge der Schweiz mit dem Ausland anerkannt sind.“* Auch hier hat es sich das Gericht im Übrigen nicht nehmen lassen, anzufügen, dass der vom Rekurrenten

bedeuten nicht, dass Gewohnheitsrecht nach Auffassung der Schweizer Gerichte in Landesrecht transformiert wird. Dieser Punkt war einzig strittig in Bezug auf die völkerrechtlichen Verträge (s. n° 386), für das Gewohnheitsrecht dagegen nie ¹²²⁹.

356. *Fortsetzung. Ius gentium novit curia?*- Die Geltung – und damit natürlich auch die Anwendung – der allgemeinen Regeln des Völkerrechts wird höchstens dadurch beeinträchtigt, dass das Bundesgericht diese nicht immer berücksichtigt, wenn sich die Parteien – die damit oft auch nicht sehr vertraut sein dürften – nicht ausdrücklich darauf berufen ¹²³⁰: In einem Entscheid *W. c. Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs des Kantons Solothurn* vom 12. Mai 1997 ¹²³¹ wies es die im Rahmen einer Beschwerde wegen Verletzung von Bundesrecht oder von völkerrechtlichen Verträgen des Bundes nach Art. 19 SchKG erhobene Rüge, die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der UNO sei verletzt worden, mit dem Argument zurück, diese sei kein von der Schweiz abgeschlossener Vertrag, ohne dass es darauf einging, dass die in der Erklärung garantierten Menschenrechte ja als Völkergewohnheitsrecht gelten, meistens direkt anwendbar sind und sogar zum *ius cogens* gehören.

357. *Die Praxis der politischen und administrativen Behörden.*- Das eidgenössische Parlament erwog 1925, die Staatenimmunität gesetzlich zu regeln. Schliesslich verzichtete es aber darauf, weil dies unnötig sei, da die schweizerische Rechtsprechung die Rechtskraft des Völkerrechts anerkenne ¹²³².

Der Bundesrat bewilligte 1918 eine Untersuchung gegen das Generalkonsulat Deutschlands im Rahmen der „völkerrechtlichen Gebräuche“, deren direkte Geltung er damit anerkannte ¹²³³.

Das eidgenössische Politische Departement erklärte 1934, die Bundesbehörden hätten sich „an die allgemeinen anerkannten Regeln des Völkerrechts, an die in den Kulturstaaten herrschende Praxis sowie an die Grundsätze des Völkerrechts“ zu halten ¹²³⁴. Und seither hat die Bundesverwaltung zahlreiche Verfügungen und Gutachten verfasst, die diese völkerrechtsfreundliche Erklärung bestätigen. So beziehen

behauptete völkerrechtliche Grundsatz – dass ein Staat nur die auf seinem Territorium wohnenden Personen besteuern dürfe – gewiss nicht bestehe.

¹²²⁹ DOMINICÉ, S. 15; LARDY, S. 183-184. – Vgl. in der Reihe der die im Entscheid *Dreyfus* (n° 353) begonnene Rechtsprechung zur Staatenimmunität fortführenden Bundesgerichtsentscheide insbesondere BGE 124 III 382, *Banque Bruxelles Lambert (Suisse) SA c. République du Paraguay*, vom 20. August 1998, und BGE 106 Ia 142, *Sozialistische Lybische Arabische Volks-Jamahiriya c. Libyan American Oil Company (LIAMCO)*, jeweils m. w. Hinw., und die in der SZIER referierte völkerrechtliche Praxis der Schweiz.

¹²³⁰ vgl. STIRLING/ZANDA, S. 149

¹²³¹ referiert bei HANGARTNER, *Bemerkungen*

¹²³² DOMINICÉ, S. 15

¹²³³ LARDY, S. 184-185

¹²³⁴ VPB 8, Nr. 7

das Bundesamt für Justiz und die Direktion für Völkerrecht in ihrer gemeinsamen Stellungnahme vom 26. April 1989 klar Position für die unmittelbare Geltung des Völkerrechts ¹²³⁵: „Die schweizerische Rechtsordnung – sie umfasst die Gesamtheit der kantonalen, interkantonalen, eidgenössischen und völkerrechtlichen Normen, die auf die Rechtssubjekte dieser Ordnung (Organe des Staates und Einzelne) anwendbar sind – ist monistisch. In der Tat sind, wie dies das Bundesgericht und der Bundesrat oft und in Übereinstimmung mit der Lehre (...) erwähnt haben, die Normen des Völkerrechts (vertragliche, gewohnheitsrechtliche und einseitige) von dem Zeitpunkt an, in dem sie für unser Land rechtskräftig werden, ein fester Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung. Von diesem Moment an und solange, wie sie für die Schweiz in Kraft sind, müssen alle Staatsorgane (politische, administrative und richterliche Instanzen) sie einhalten und anwenden. Der Einzelne kann sich auf sie berufen, um aus ihnen Rechte und Pflichten zulasten des Staates oder Anderer abzuleiten.“

b) Anwendung

358. *Direkte Anwendung. Vier Beispiele.*– Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts sind nach einhelliger Auffassung der (wiederum spärlich vorhandenen) Lehre ¹²³⁶ direkt anwendbar. Das Bundesgericht hat sie wiederholt direkt angewendet. In einem Urteil *Schinz c. Bächli*, vom 4. Juni 1926 ¹²³⁷, hatte es die Wirkungen der Rechtserlasse zu prüfen, die von einem nicht anerkannten Staat erlassen worden waren: Schinz verweigerte die Rückzahlung zweier Darlehen, welche seine Prokuristen 1919 bei Bächli in Petersburg aufgenommen hatten, mit der Begründung, die Darlehensverträge seien nach den Dekreten der Sowjetregierung ungültig. Das Obergericht Zürich verwarf diese Einwendung und hiess die Klage Bächlis gut: Die Schweiz habe die Sowjetregierung nicht anerkannt; bis dahin könne den von dieser Regierung ausgehenden Erlassen vom schweizerischen Gericht nicht der Charakter verbindlicher Rechtsnormen zugestanden werden; ihre Anwendung sei also ausgeschlossen. Schinz erhob gegen diesen Entscheid staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Art. 4 aBV (Willkür und Verletzung klaren Rechts). Das Bundesgericht stellte daraufhin fest, dass die allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze des Völkerrechts für das Gericht bindend seien und deren Nichtanwendung eine Rechtsverweigerung darstellen würde, doch kam es nach der Analyse der französischen, englischen, italienischen und deutschen Rechtsprechung zum Schluss, dass es keine genauen und unbestrittenen völkerrechtli-

¹²³⁵ Gemeinsame Stellungnahme, S. 403-404; vgl. für weitere Hinweise LARDY, S. 184-185

¹²³⁶ nur DOMINICÉ, S. 16-23, untersucht die Frage vertieft; vgl. auch LARDY, S. 182-183, und STIRLING-ZANDA, S. 149, 153 u. 242; HANGARTNER, *Bemerkungen*, S. 1245

¹²³⁷ BGE 52 I 218

chen Regeln in Bezug auf die Wirkungen der Anerkennung gebe, die angewendet werden könnten. Es handle sich um eine Streitfrage des internationalen Rechts, die in der Rechtsprechung der einzelnen Staaten verschieden gelöst werde; auch für die vom zürcherischen Obergericht vertretene Auffassung – die im Widerspruch zum Entscheid des Bundesgerichts i. S. *Hausner*, vom 10. Dezember 1924¹²³⁸, stand – liessen sich sachlich vertretbare Gründe geltend machen. Die Ablehnung der Anwendung sowjet-russischen Rechts könne demnach nicht als Rechtsverweigerung bezeichnet werden.

Im Entscheid *Hellenische Republik c. Walder und Schweizerische Bankiersvereinigung*, vom 28. März 1930¹²³⁹ kam das Bundesgericht in Präzisierung der Dreyfus-Rechtsprechung (n° 353) zum Schluss, dass Arrestforderungen für Handlungen, die ein Staat *iure gestionis* vorgenommen hat, nur zulässig sind, wenn ein Inlandbezug gegeben ist. Den so gewonnenen Satz des Völkergewohnheitsrechts wandte es darauf – wie schon im Entscheid *Dreyfus* – auf den Sachverhalt an.

Im Entscheid *Bufano*, vom 3. November 1982¹²⁴⁰, verweigerte das Bundesgericht in Anwendung des Non-Refoulement-Prinzips eine Auslieferung nach Argentinien, weil zu befürchten war, dass die Betroffenen dort in menschenrechtswidriger Weise behandelt würden. Im Entscheid *P. c. Office fédéral de la police*, vom 14. Oktober 1991, hat das Bundesgericht den Grundsatz *pacta sunt servanda* als Teil des internationalen Gewohnheitsrechts anerkannt; dieses sei in der schweizerischen Rechtsordnung unmittelbar anwendbar¹²⁴¹.

359. *Fortsetzung. Ergebnis.*– Zusammengefasst ergibt sich, dass das Bundesgericht gewohnheitsrechtliche Normen und allgemeine Rechtsgrundsätze ohne weiteres direkt anwendet¹²⁴². Gewohnheitsrechtliche Regeln müssen gemäss der Lehre nur durch ein Gesetz konkretisiert werden, wenn sie nicht genügend klar sind und deshalb nicht zur Anwendung durch ein Gericht geeignet sind¹²⁴³. Dass gewohnheitsrechtliche Regeln nicht genügend klar sind, um justiziabel zu sein, war jedoch bislang nie der Fall. Es

¹²³⁸ BGE 50 II 507, *Hausner c. Banque internationale de Commerce de Petrograd*

¹²³⁹ BGE 56 I 237

¹²⁴⁰ BGE 108 Ib 408, *Bufano, époux Martinez et époux Sanchez Reisse c. Ministère public fédéral et Département fédéral de la justice et police*; s. auch BGE 109 Ib 64, *Sener c. Bundesanwaltschaft und Eidg. Justiz- und Polizeidepartement*, vom 22. März 1983; BGE 111 Ib 68, S. 70 E. 2a, *X. c. Eidg. Justiz- und Polizeidepartement*, vom 29. Mai 1985; BGE 112 Ib 215, S. 222, *Bufano, dame Bosch de Sanchez Reisse et époux Martinez c. Office fédéral de la police*, vom 21. Mai 1986; BGE 117 Ib 337, *P. c. Office fédéral de la police*, vom 14. Oktober 1991; 121 II 296, S. 298-299, *X. c. Office fédéral de la police*, vom 3. November 1995; BGE *F.*, vom 10. Juli 1991, in SZIER 2/1992, S. 552-553

¹²⁴¹ BGE 117 Ib 337, S. 340 E. 2a; bestätigt in BGE 122 II 234, S. 238 E. 4c, *Schweizerischer Bund für Naturschutz (SBN), Schweizer Heimatschutz (SHS), World Wildlife Fund Schweiz (WWF) et al. c. Regierungspräsidium Freiburg i. Br. und Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt*, vom 27. Juni 1996, und BGE 125 II 417, S. 424-425, E. 4d, *A. c. Schweizerischer Bundesrat*, vom 26. Juli 1999

¹²⁴² vgl. LARDY, S. 182-183

¹²⁴³ GUGGENHEIM, S. 34; WILDHABER/BREITENMOSER, S. 197

dürfte in Anbetracht der Voraussetzungen, unter denen einer Norm Gewohnheitsrechtsqualität anerkannt wird, auch in Zukunft nicht der Fall sein: Eine Norm wird ja nur dann als Gewohnheitsrecht anerkannt, wenn eine Übung besteht; eine Übung bedingt jedoch ein präzise erfassbares Verhalten (vgl. n° 10). Wird dieses zur rechtlich verbindlichen Regel erhoben, so ergibt sich somit notwendigerweise auch eine präzise und mithin direkt anwendbare Norm. Fehlen dagegen genaue Regeln in einem Bereich, so existiert dort keine gewohnheitsrechtliche Norm, wie das Bundesgericht im Entscheid *Schinz* richtigerweise festgestellt hat. Auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind natürlich ohne weiteres direkt anwendbar (vgl. n° 24).

360. *Anwendung des allgemeinen Völkerrechts als ergänzendes Bundesrecht.*- Das Bundesgericht beurteilt auf staatsrechtliche Klage einer Kantonsregierung hin öffentlichrechtliche Streitigkeiten zwischen Kantonen (189 BV/113 Ziff. 2 aBV, Art. 83 Bst. b OG). Welches Recht ist dabei anwendbar? In erster Linie Bundesrecht und interkantonaes Konkordatsrecht; in Ermangelung solcher Normen, bundesrechtliches oder interkantonaes Gewohnheitsrecht; subsidiär, Völkerrecht. Das Völkerrecht – in der Praxis soweit ersichtlich Gewohnheitsrecht und v.a. allgemeine Rechtsgrundsätze – wird dabei nicht originär angewendet, sondern analog als ergänzendes Bundesrecht zur Lückenfüllung (vgl. n° 22). Ausserdem ist bei der Anwendung der völkerrechtlichen Regel den Eigenheiten des Bundesstaates Rechnung zu tragen: Es ist zu berücksichtigen, dass die Kantone zur Bundestreue verpflichtet sind und deshalb ihren Nachbarn eine grösserer Rücksicht schulden als ein souveräner Staat. Wenn sich schliesslich auch aus dem Völkerrecht keine Regel ableiten lässt, entscheidet das Bundesgericht unter Würdigung aller Umstände ¹²⁴⁴.

c) Rang

361. *Gleichsetzung mit dem völkerrechtlichen Vertrag ...*- Rechtsprechung und Lehre setzen das Gewohnheitsrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze mit den völkerrechtlichen Verträgen gleich (n° 341), die für diese gefundenen Lösungen sollten also auch für jenes gelten ¹²⁴⁵; s. *infra*, n° 419-421, zum Rang, und n° 414 zur

¹²⁴⁴ BGE 120 Ib 512, S. 523-524 E. 6c, *Canton du Valais c. Canton de Berne*, vom 14. Dezember 1994; BGE 112 Ia 75, S. 78-80, *Inländische Mission der Schweizer Katholiken c. Kanton Nidwalden*, vom 21. März 1986; BGE 106 Ib 154, S. 159-160 E. 3, *Kanton Wallis c. Kanton Tessin*, vom 2. Juli 1980; AUBERT, *Observations*, S. 35, u. *Traité*, Nr. 1637; HALLER, *Art. 113*, Rz. 30; WILDHABER/BREITENMOSER, S. 197

¹²⁴⁵ s. BGE 125 II 417, S. 425, *A. c. Schweizerischer Bundesrat*; LARDY, S. 186; MÜLLER, *Völkerrecht*, S. 224; WILDHABER/BREITENMOSER, S. 197; KÄLIN, *Verfahren*, S. 32, 88; HANGARTNER, *Verhältnis*, S. 204; STIRLING/ZANDA, S. 142; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1828

völkerrechtskonformen Auslegung. Allerdings sind soweit ersichtlich bislang keine Konflikte zwischen den allgemeinen Regeln des Völkerrechts und dem Landesrecht aufgetreten. Einzig im Entscheid *Royaume de Grèce* hatte das Bundesgericht einen Konflikt zwischen der Regel der Staatenimmunität und Art. 58 aBV zu beurteilen. Das Bundesgericht setzte hier das Gewohnheitsrecht mit Bundesrecht gleich, das wegen Art. 113 Abs. 3 aBV nicht auf seine Verfassungsmässigkeit überprüft werden könne, und wies die Rüge deshalb ab, ohne einen Konflikt zu prüfen ¹²⁴⁶.

Auch der Bundesrat setzt Gewohnheits- und Vertragsrecht gleich; zum Rang äusserte Bundesrat SPÜHLER 1969 vor dem Nationalrat in Antwort auf eine Interpellation KORNER zum Verhältnis zwischen völkerrechtlichen Verträgen und schweizerischer Gesetzgebung, es sei unbestritten, dass das Völkerrecht, welches die Verträge und das Gewohnheitsrecht umfasse, dem kantonalen Recht, den Verordnungen des Bundes und den Bundesgesetzen vorgehe ¹²⁴⁷.

362. ... oder Sonderregelung?- DOMINICÉ hatte die Auffassung vertreten, ein Gericht müsse dem völkerrechtlichen Vertrag wegen des Anwendungsgebots von Art. 113 Abs. 3 aBV immer Vorrang vor der Verfassung einräumen, selbst wenn die Verfassungsbestimmung jünger sei. In Bezug auf Gewohnheitsrecht seien die Gerichte freier. Wenn eine Norm mit dem ausdrücklichen Willen, gegen Gewohnheitsrecht zu verstossen, in die Verfassung aufgenommen werde, so müsse das Gericht die Anordnung des Verfassungsgebers befolgen; könne ein solcher ausdrücklicher Wille nicht nachgewiesen werden, so sei dem Gewohnheitsrecht Vorrang zu geben ¹²⁴⁸.

Grundsätzlich ist zwar der Idee, Verstösse gegen Gewohnheitsrecht eher zu akzeptieren als solche gegen Vertragsrecht, zuzustimmen. Solche Verstösse sind ja, wenn sie auf Grund einer Rechtsüberzeugung erfolgen, ein völkerrechtlich anerkanntes Mittel, um eine Änderung des Gewohnheitsrechts herbeizuführen (n° 15 u. 254). Die Mehrheit der Lehre war jedoch, erstens, der Ansicht, dass der in Art. 113 Abs. 3 aBV benutzte Begriff „Staatsverträge“ im weiten Sinne zu verstehen ist und auch das Gewohnheitsrecht umfasst ¹²⁴⁹. Mit Art. 191 BV hat sich diese Ansicht in der geltenden Verfassung durchgesetzt. Und zweitens gilt das Anwendungsgebot von Art. 113 Abs. 3 aBV bzw. 191 BV nicht gegenüber jüngerem Verfassungsrecht, das genügend präzise ist, um von der richterlichen Behörde angewendet zu werden ¹²⁵⁰.

¹²⁴⁶ BGE 82 I 75, S. 84 E. 5, *Royaume de Grèce c. Banque Julius Bär & Cie*, vom 6. Juni 1956. – Auch in *Dreyfus* wurde ein Konflikt zwischen Gewohnheitsrecht und Art. 58 aBV geltend gemacht, doch kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die geltend gemachte gewohnheitsrechtliche Regel – absolute Staatenimmunität – nicht existiere; s. n° 353.

¹²⁴⁷ Amtl. Bull. NR 1969, S. 225 ff.; vgl. n° 405

¹²⁴⁸ DOMINICÉ, S. 34-35

¹²⁴⁹ s. etwa HALLER, *Art. 113*, Rz. 109

¹²⁵⁰ unter dem Vorbehalt des *ius cogens*, vgl. n° 363. – AUBERT, *L'autorité*, S. 281, u. *Traité*, ad Nr. 449; LARDY, S. 230-231; DOMINICÉ, S. 33-34; MÜLLER, *Völkerrecht*, S. 231-232; SIEGENTHALER,

Auch dies kommt in der neuen Verfassung zum Ausdruck: Ungültig sind nur Verfassungsrevisionen, die gegen zwingende Regeln des Völkerrechts verstossen (Art. 139 BV; s. *infra*, n° 375). Revisionen, die einfaches Völkerrecht verletzen, sind *e contrario* zulässig. Sie wären aber unwirksam, wenn die rechtsanwendenden Behörden die so eingeführten Verfassungsbestimmungen nicht anwenden dürften. Die Revisionsvorschriften ergeben nur einen Sinn, wenn das Anwendungsgebot von Art. 191 BV gegenüber späterem, direkt anwendbarem Verfassungsrecht nicht gilt ¹²⁵¹.

Der Gedanke DOMINICÉS kann hingegen in Bezug auf völkerrechtswidrige Bundesgesetze übertragen werden, um so mehr, als sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung auf einen Vorrang des Vertragsrechts auch vor bewusst dagegen verstossenden Bundesgesetzen zuzubewegen scheint (n° 421): Ein mit Rechtsüberzeugung begangener Verstoss der Bundesversammlung gegen völkerrechtliches Gewohnheitsrecht – mit Ausnahme natürlich des zwingenden Völkerrechts – sollte vom Bundesgericht als rechtsfortbildender Akt toleriert werden.

363. *Unbedingter Vorrang des ius cogens.* – Die zwingenden Regeln des Völkerrechts geniessen absoluten Vorrang, gegenüber dem gesamten Landesrecht ebenso wie gegenüber dem übrigen Völkerrecht, insbesondere dem völkerrechtlichen Vertragsrecht ¹²⁵². Hier ist also der Monismus mit Primat des Völkerrechts verwirklicht (n° 62) ¹²⁵³. Entgegenstehendes Landesrecht ist nichtig ¹²⁵⁴. Soweit ersichtlich bediente sich das Bundesgericht aber des Ius-cogens-Konzepts bislang nur, um völkerrechtlichen Verträgen die Anwendung zu versagen. Der Entscheid *A. c. Schweizerischen*

S. 222; JACOT-GUILLARMOD, *La primauté*, S. 405 Anm. 91; GRISEL, *A propos*, S. 383; HAEFLIGER, *Hierarchie*, S. 480; OETER, S. 581; SALADIN, S. 81; SCHINDLER, *Art. 85 Ziff. 5*, Rz. 54 (zumindest bei einem bewussten Verstoss); WILHELM, S. 252; HALLER, *Art. 113*, Rz. 219; HANGARTNER, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 1016; HOLZER, S. 122; PERRIN, *Droit international public*, S. 836; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1272-1273, vgl. Rz. 1849; die Botschaft über eine neue Bundesverfassung erwähnt dies nur in Bezug auf Gesetze (S. 429). Für HANGARTNER/KLEY, Rz. 1070-1071, gilt dies nur für Verträge, die dem obligatorischen Referendum unterstanden haben und so die gleiche demokratische Legitimation wie die Verfassung aufweisen; für HÄFELIN/HALLER (Rz. 1922) ist eine Abwägung im Einzelfall vorzunehmen; vgl. n° 408.

¹²⁵¹ vgl. HANGARTNER, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 1023

¹²⁵² MÜLLER, *Materiale Schranken*, S. 200-201; SALADIN, S. 82 u. 92; WILDHABER, *Art. 118*, Rz. 89; HAEFLIGER, *Hierarchie*, S. 480; KÄLIN, *Menschenrechtsgarantien*, S. 249; SCHWEIZER, *Gerichte*, S. 625; THÜRER, *Bundesverfassung und Völkerrecht*, Rz. 16; SCHINDLER, *Vorrang des Völkerrechts*, S. 329; HANGARTNER, *Völkerrecht*, S. 675-676, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 1019, *Widerspruch und Verhältnis*, S. 202; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1922

¹²⁵³ vgl. HANGARTNER, *Völkerrecht*, S. 675

¹²⁵⁴ JACOT-GUILLARMOD, *Principes directeurs*, S. 417; WILDHABER, *Art. 118*, Nr. 89; SALADIN, S. 89; AUBERT, *Observations*, S. 21, u. *Traité*, ad Nr. 326; SCHINDLER, *Die Schweiz und das Völkerrecht*, S. 116; HÄFELIN/HALLER, Nr. 927; HANGARTNER, *ibid.*, S. 675; KÄLIN, *Menschenrechtsgarantien*, S. 244

Bundesrat, vom 26. Juli 1999 ¹²⁵⁵ deutet aber an, dass es das *Ius-cogens*-Konzept auch gegenüber dem Landesrecht gebrauchen würde (s. *infra*, n° 427).

Das Bundesgericht fasst den Begriff des *ius cogens* weiter als die völkerrechtliche Praxis und Lehre, die darunter nur elementare Menschenrechte und grundlegende Verhaltensregeln der Staaten verstehen (n° 56). Es hat etwa im Entscheid *P. c. Office fédéral de la Police*, vom 14. Oktober 1991, den gewohnheitsrechtlichen Grundsatz des guten Glaubens dem zwingenden Völkerrecht zugeordnet: Der amerikanische Staatsbürger P. war auf Grund eines Rechtshilfegesuchs Italiens in Lausanne verhaftet worden. Gegen die von Italien verlangte Auslieferung wehrte er sich mit dem Argument, die italienischen Behörden hätten sich in einer Vereinbarung mit den USA verpflichtet, auf ein Auslieferungsgesuch zu verzichten. Eine Auslieferung verletze daher den Grundsatz des guten Glaubens. Das Bundesgericht anerkannte: « *Selon les conceptions en vigueur en Suisse, les principes généraux du droit des gens y sont directement applicables comme droit interne; lorsqu'ils sont d'ordre public (ius cogens), ils l'emportent sur le droit positif conventionnel dont l'application serait, in concreto, en contradiction avec eux. (...) La personne qui fait l'objet d'une demande d'extradition peut se prévaloir de ces principes généraux dans la mesure où ils ont aussi pour but de protéger les individus (...). Il est ainsi loisible au recourant d'invoquer en l'espèce une violation de la règle de la bonne foi pour s'opposer à la demande d'extradition.* » ¹²⁵⁶ Der gute Glaube des Staates, der die Auslieferung fordert, wird indes vermutet, und P. – dessen Behauptung von amerikanischen Beamten bestätigt wurde – gelang es nicht, das Bundesgericht von der Bösgläubigkeit Italiens – dessen Magistraten die Darstellung P.s bestritten – zu überzeugen.

364. *Inhalt des ius cogens nach Schweizer Praxis. Die BV.* – Welche Bestimmungen gehören nach schweizerischer Auffassung zum zwingenden Völkerrecht? Die Bundesverfassung erwähnt die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts ausdrücklich als Schranken der Verfassungsrevision (Art. 193 Abs. 4, Art. 194 Abs. 2, Art. 139 Abs. 3 BV), ohne den Begriff indes näher zu umschreiben. Der Bundesrat äussert sich in der Botschaft zur neuen Bundesverfassung an drei Orten dazu, wobei er die Begriffe „zwingende Bestimmungen“ und „*ius cogens*“ als Synonyme gebraucht ¹²⁵⁷: In den Erläuterungen der Bestimmung über die Volksinitiative auf Teilrevision der BV (Art. 139 BV) sagt er, es handle sich um Rechtsnormen, die für einen *Rechtsstaat* von derart grundlegender Bedeutung seien, dass er sich den daraus fliessenden Verpflichtungen auf keine Weise entziehen könne ¹²⁵⁸. Im Kommentar zum

¹²⁵⁵ BGE 125 II 417, S. 424-426 E. 4c-d

¹²⁵⁶ BGE 117 Ib 337, S. 340 E. 2a, *P. c. Office fédéral de la police*, vom 14. Oktober 1991; s. auch die in Fn. 1240 zitierten Entscheide

¹²⁵⁷ Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 362, 434, 446

¹²⁵⁸ *ibid.*, S. 362, die Botschaft zur SD-Initiative (BBl 1994 III 1486) zitierend; vgl. *infra*, n° 372

Kapitel über die Revision der BV erläutert er, beim zwingendem Völkerrecht handle es sich um Normen, die auf Grund ihrer Bedeutung für die *internationale Rechtsordnung* unbedingte Geltung beanspruchten¹²⁵⁹. Und in den Erläuterungen zur geplanten Reform der Volksrechte übernimmt er diese Definition, fordert aber zusätzlich, dass sie als solche *von der Staatengemeinschaft anerkannt* seien. Diese letzte Definition deckt sich mit der völkerrechtlichen (vgl. n° 55-57). Der Bundesrat fügt an, dass die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts nicht abstrakt umschrieben werden könnten: „*Es ist Aufgabe der Praxis – nach den Reformvorschlägen also Aufgabe der Bundesversammlung und des Bundesgerichts –, hier eine Rechtsprechung unter Einbezug der Lehre zu entwickeln und letzte Klarheit über die Tragweite des Begriffs zu schaffen.*“¹²⁶⁰ Tatsächlich spricht nichts dagegen, dass die Schweiz eine eigene Praxis zum *ius cogens* entwickelt, sofern sie den internationalen Standard überschreitet – im Gegenteil: Sie leistete damit einen Beitrag zur Fortentwicklung des Völkerrechts¹²⁶¹. Soweit Volksinitiativen betroffen sind, sollte aber die Bundesversammlung auf eine Fortentwicklung, welche die Ungültigerklärung einer Volksinitiative zur Folge hätte, verzichten zu Gunsten eines Abstimmungsentscheids von Volk und Ständen als obersten Organen im Verfahren der Verfassungsrevision (*infra*, n° 375). Ansonsten sind Behörden und Gerichte gleichermassen zur Fortentwicklung zuständig.

365. *Fortsetzung. Die Rechtsprechung.*– Der schon erwähnte Entscheid des Bundesgerichts *P. c. Office fédéral de la Police* (n° 363) zeigt denn auch, dass das Bundesgericht unter zwingenden Völkerrechtsbestimmungen nicht nur elementare Menschenrechte und grundlegende Spielregeln des zwischenstaatlichen Verhaltens versteht: Es zählte hier den Grundsatz des guten Glaubens zum *ius cogens*. Und für Auslieferungen, die dem Europäischen Auslieferungs-Übereinkommen (EUeA) unterstehen, hat es den Grundsatz aufgestellt, dass die Verfahrensgarantien der EMRK und des UNO-Pakts II zum „*ordre public international*“ gehören¹²⁶²; wie wir gesehen haben, braucht das Bundesgericht „*ordre public*“ und „*ius cogens*“ als Synonyme (s. die in n° 363 zitierte Passage aus dem Entscheid *P. c. Office fédéral de la Police*). Die Rechtsprechung ist hier allerdings nicht eindeutig. In einem unpublizierten späteren Entscheid *Lazarenko II* hat das Bundesgericht ausgeführt, bei den Verfahrensgarantien der EMRK und des UNO-Pakts II handle es sich „*sicher nicht um ius cogens*“; das

¹²⁵⁹ *ibid.*, S. 433

¹²⁶⁰ *ibid.*, S. 446-447

¹²⁶¹ vgl. aber in Bezug auf Verfassungsrevisionen n° 375. – BIAGGINI, S. 728; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1757; RHINOW, *Bundesverfassung*, S. 371; THÜRER, *Wandel*, Rz. 44.

¹²⁶² BGE 126 II 325, S. 327 E. 4c, *Glouchkov c. Ministère public de la Confédération*, vom 19. Juni 2000, m. Hinw.

Verbot der Rechtshilfe ergebe sich in diesen Fällen vielmehr aus dem innerstaatlichen Recht der Schweiz (Art. 2 Bst. a IRSG und 35 BV) ¹²⁶³.

366. *Fortsetzung. Die Lehre.*- In der Lehre wird der Kerngehalt des internationalen Systems, der „*minimum world order*“ (THÜRER), zum zwingenden Völkerrecht gezählt, wozu neben den allgemein anerkannten Normen (Gewaltverbot, Kerngehalt der Menschenrechte, Grundsätze des humanitären Völkerrechts, Grundsätze zur Regelung der Staatenbeziehungen; vgl. n° 56) für die Schweiz auf Grund der Ratifikation von EMRK und Zusatzprotokollen sowie des UNO-Pakts II neben dem Recht auf Leben, dem Verbot der unmenschlichen Behandlung und Folter und der Sklaverei auch die Grundsätze *nulla poena sine lege* (Art. 15 EMRK) und *ne bis in idem* (Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK, vom 22. November 1984 ¹²⁶⁴), das Verbot der Todesstrafe (Protokoll Nr. 6 zur EMRK, vom 28. April 1983 ¹²⁶⁵, und 2. Fakultativprotokoll zum UNO-Pakts II, vom 15. Dezember 1989 ¹²⁶⁶; LOMBARDI, KAYSER), des Schuldverhafts, der Aberkennung der Rechtsfähigkeit sowie die Religionsfreiheit (Art. 11, 16 u. 18 UNO-Pakt II; LOMBARDI), Grundgebote der langfristigen Erhaltung unserer Lebensgrundlagen und Zivilisation (THÜRER) und supranationale Abkommen und Ordnungssysteme wie EU, EWR, EMRK und UNO-Charta gehören sollen; SALADIN schlägt vor, alle unmittelbar auf Sicherung der menschlichen Existenz gerichteten Rechte zum *ius cogens* zu zählen, insbesondere ein Recht auf Nahrung ¹²⁶⁷.

367. *Fortsetzung. Der Bundesrat.*- Der Bundesrat seinerseits erwähnt in der Botschaft zur neuen Bundesverfassung als Beispiele zwingender Bestimmungen den Kern des humanitären Völkerrechts und die Grundzüge des humanitären Kriegsrechts – womit wohl dasselbe gemeint ist –, das Gewaltverbot, das Aggressionsverbot, das Genozid- und das Folterverbot, das Verbot von Sklaverei und notstandsfeste Garantien der EMRK (Recht auf Leben, Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung, der Sklaverei und Leibeigenschaft, sowie rückwirkender

¹²⁶³ BGE 1A.124/2001, S. 10 E. 3.5, *Pavlo Lazarenko c. Obergericht des Kantons Zürich (Lazarenko II)*, vom 28. März 2002 (abrufbar unter www.srv.bger.ch)

¹²⁶⁴ In Kraft getreten für die Schweiz am 1. November 1988; SR 0.101.07

¹²⁶⁵ In Kraft getreten für die Schweiz am 1. November 1987; SR 0.101.06

¹²⁶⁶ In Kraft getreten für die Schweiz am 16. September 1994; SR 0.103.22

¹²⁶⁷ MÜLLER, *Materiale Schranken*, S. 200-201; SALADIN, S. 76-79; LOMBARDI, *Volksrechte*, S. 709-710; KÄLIN, *Menschenrechtsgarantien*, S. 249; HANGARTNER, *Völkerrecht*, S. 675, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 1019, *Widerspruch u. Verhältnis*, S. 202; SCHWEIZER, *Gerichte*, S. 625; THÜRER, *Bundesverfassung und Völkerrecht*, Rz. 16, *Rule of Law*, S. 464-465, u. *Wandel*, Rz. 19; SCHINDLER, *Vorrang des Völkerrechts*, S. 329, u. *Weg*, S. 1036; LUZIAN ODERMATT, *Ungültigerklärung von Volksinitiativen*, AJP 6/1996, S. 716; ROUILLER, S. 657; MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 30; ARNOLD, S. 59-60; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1275-1276; RHINOW, *Bundesverfassung*, S. 369; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1756; KAYSER, S. 242; kritisch dagegen GRISEL, *Droits populaires*, Rz. 26

Strafen; Art. 15 Abs. 2)¹²⁶⁸. In seiner Beurteilung der SD-Initiative hatte er als weiteres Beispiel das Prinzip des Non-Refoulement genannt (s. n° 372)¹²⁶⁹. Er erwähnt somit nur völkerrechtlich anerkannte Beispiele¹²⁷⁰.

368. *Fortsetzung. Die Bundesversammlung.*- Diese Auffassung deckt sich mit der Praxis der Bundesversammlung, die ja über die Gültigkeit von Volksinitiativen – in der Form eines einfachen Bundesbeschlusses und damit ohne Beschwerdemöglichkeit (Art. 24 und 4 Abs. 2 GVG) – entscheidet (Art. 139 Abs. 3 BV; vgl. *infra*, n° 470). Diese Praxis sei nachfolgend dargestellt.

369. *Ius cogens und Verfassungsrevisionen. Völkerrechtswidrige Volksinitiativen: Die Rheinau-Initiative (1953).*- Das Problem der völkerrechtlichen Schranken der Verfassungsrevision stellte sich erstmals mit der Rheinau-Initiative, die 1953 eingereicht worden war¹²⁷¹. Sie bezweckte die Bewahrung der Schönheit der Gegend bei Rheinau und verlangte die Aufhebung einer Konzession zur Errichtung eines Wasserkraftwerks in Rheinau, die der Bundesrat in Ausführung eines Vertrags mit Deutschland von 1929 erteilt hatte¹²⁷². Das Volksbegehren verletzte deshalb nach Ansicht der Experten diesen Vertrag. Der Bundesrat beurteilte die Initiative aus diesem Grund als zwar unvorteilhaft, aber dennoch gültig, da es „*keinen dem Verfassungsgeber (d.h. Volk und Ständen) positivrechtlich übergeordneten Willen gibt, an dessen Vorschriften er gebunden wäre. (...) Das allgemeine Völkerrecht hat*“, so führte er in der Botschaft aus, „*(...) nicht in dem Sinne den Vorrang vor dem Verfassungsrecht der Einzelstaaten, dass diese nicht die Befugnis hätten, in ihrer Verfassung etwas anzuordnen, was nicht dem Völkerrecht gemäss ist.*“¹²⁷³ Bundesrat FELDMANN, der die Haltung der Regierung vor den Kammern des Parlaments vertrat, führte aus, es sei eine Tatsache, dass das Landesrecht gegen internationale Verpflichtungen verstossen könne, ohne deshalb nichtig zu sein; dies ergebe sich aus der Praxis des Bundesgerichts, das völkerrechtliche Verträge und Gesetze gleichsetze und deshalb einem späteren Gesetz den Vorrang einräume. Im Übrigen sei die Schweiz nicht Teil eines Überstaates¹²⁷⁴.

¹²⁶⁸ Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 362, 433, 446

¹²⁶⁹ vgl. auch das Gutachten der Direktion für Völkerrecht zuhanden des EDA, vom 15. Dezember 1993, SZIER 1994, S. 603

¹²⁷⁰ COTTIER/HERTIG, S. 19

¹²⁷¹ BBl 1954 I 721; vgl. dazu AUBERT, *Traité*, Nr. 338 und *ad* Nr. 337-338; WILDHABER, *Art. 118*, Rz. 82; WILHELM, S. 268; MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 24; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 735; MÜLLER/WILDHABER, S. 202-203; KAYSER, S. 56-64

¹²⁷² Art. 6 Abs. 3 Ziff. 1 des Vertrags zwischen der Schweiz und Deutschland über die Regulierung des Rheins zwischen Strassburg/Kehl und Istein, vom 28. März 1929; SR 0.747.224.052.1

¹²⁷³ BBl 1954 I 738-739

¹²⁷⁴ Sten. Bull. StR 1954, S. 154

Die Räte folgten der Ansicht des Bundesrates ¹²⁷⁵; nur die Kommission des Ständerates hatte sich für die Ungültigkeit der Initiative ausgesprochen ¹²⁷⁶. Die Rheinau-Initiative wurde übrigens in der Abstimmung vom 5. Dezember 1954 von einer deutlichen Mehrheit des Volks und allen Kantonen ausser Schaffhausen verworfen ¹²⁷⁷.

370. *Überfremdungsinitiativen* (1965, 1969, 1972, 1974), *Staatsvertragsinitiative* (1973) und *Armeeabschaffungsinitiativen* (1986 u. 1999).- 1967, 1969, 1973 und 1976 hatten sich Bundesrat und Parlament mit den vier ersten der sogenannten *Überfremdungsinitiativen* zu befassen ¹²⁷⁸. Die dritte und die vierte dieser Initiativen hätten gemäss dem Bundesrat Niederlassungsverträge der Schweiz ¹²⁷⁹, das Freihandelsabkommen mit der EWG ¹²⁸⁰, die EMRK ¹²⁸¹ und die Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 ¹²⁸² verletzt.

1973 reichte die NA ihre *Staatsvertragsinitiative* ein, die darauf abzielte, nicht nur alle zukünftigen, sondern auch alle schon ratifizierten völkerrechtlichen Abkommen dem fakultativen Vertragsreferendum zu unterstellen ¹²⁸³. Der Bundesrat erläuterte, die Annahme dieser Initiative würde die meisten von der Schweiz abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge in Frage stellen und sie gegebenenfalls zu sofortigen einseitigen Kündigungen zwingen, was klar gegen den Grundsatz *pacta sunt servanda* verstossen und die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Schweiz auslösen würde ¹²⁸⁴.

Die von der GSoA 1986 eingereichte *Armeeabschaffungsinitiative* schliesslich versties ebenfalls gegen das Völkerrecht, welches neutrale Staaten zur Selbstverteidigung verpflichtet ¹²⁸⁵. Dasselbe gilt für den zweiten, 1999 eingereichten Anlauf des

¹²⁷⁵ s. den Bundesbeschluss vom 4. Oktober 1954, BBl 1954 II 533

¹²⁷⁶ Sten. Bull. StR 1954, S. 116

¹²⁷⁷ BBl 1955 I 63

¹²⁷⁸ BBl 1967 II 69; 1969 II 1044; 1974 I 190; 1976 I 1337; vgl. dazu WILDHABER, *Art. 118*, Rz. 84.; WILHELM, S. 269; MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 26; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 725; KAYSER, S. 65-68

¹²⁷⁹ BBl 1974 I 211-212; 1976 I 1352-1353, 1354-1355

¹²⁸⁰ BBl 1974 I 211-212

¹²⁸¹ BBl 1976 I 1358

¹²⁸² BBl 1974 I 212

¹²⁸³ s. BBl 1974 II 1133, S. 1145-1146; vgl. dazu AUBERT, *Traité*, Nr. 338bis; JACOT-GUILLARMOD, *La primauté*, S. 416-417; WILDHABER, *Art. 118*, Rz. 83.; WILHELM, S. 269; MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 26; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 725; KAYSER, S. 71-78 u. 180-181

¹²⁸⁴ BBl 1974 II 1152

¹²⁸⁵ BBl 1988 II 977; AUBERT, *Traité*, Nr. 338ter; KÄLIN, *Verfassungsgrundsätze*, S. 295; WILDHABER, *Art. 118*, Rz. 86; SCHINDLER, *Die Schweiz und das Völkerrecht*, S. 115, und Neues, S. 296; MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 26; KAYSER, S. 187-189

Begehrens; der Bundesrat stellte fest, dass keine zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts betroffen würden, und erklärte die Initiative für gültig ¹²⁸⁶.

In allen diesen Fällen bestätigte der Bundesrat seine zur Rheinau-Initiative eingenommene Haltung und empfahl die Gültigkeit der Initiativen. Die Räte folgten ihm. Einzig die Staatsvertragsinitiative erklärte der Ständerat wegen Völkerrechtswidrigkeit für ungültig, doch da ihm der Nationalrat nicht folgte, wurde auch sie Volk und Ständen zur Abstimmung unterbreitet ¹²⁸⁷, wo sie am 13. März 1977 eine schwere Niederlage erlitt ¹²⁸⁸.

371. *Die Alpeninitiative (1990).*- Bundesrat und Parlament bestätigten ihre Rheinau-Praxis auch bei der Behandlung der im Mai 1990 deponierten Alpeninitiative, welche verlangte, dass der alpenquerende Gütertransitverkehr bis spätestens zehn Jahre nach Annahme der Initiative auf die Schiene verlagert werde ¹²⁸⁹. Dieses Begehren versties gegen mehrere völkerrechtliche Verträge, was in der Botschaft des Bundesrates aber nur als eines der Argumente gegen die Wünschbarkeit der Initiative, aber nicht gegen ihre Gültigkeit vorgebracht wurde. Die Gültigkeit war ebensowenig Gegenstand der Debatte in den Räten ¹²⁹⁰. Im Unterschied zu den anderen Initiativen, welche internationale Abkommen verletzt hätten, wurde sie in der Volksabstimmung vom 20. Februar 1994 angenommen ¹²⁹¹. Nach dem neuen Art. 36^{sexies} aBV bzw. nun Art. 84 BV ist der alpenquerende Gütertransitverkehr auf die Schiene zu verlagern, und zwar bis zum 19. Februar 2004 (Art. 22 Übergangsbestimmungen aBV bzw. Art. 196 BV).

Die meisten Verträge, die mit dieser Bestimmung nicht vereinbar sind, können fristlos gekündigt werden ¹²⁹². Das am 22. Januar 1993 in Kraft getretene Transitabkommen mit der EWG dagegen hat eine feste Dauer von 12 Jahren, es ist also bis zum 21. Januar 2005 gültig ¹²⁹³. Es sichert den freien Transit von Lastwagen bis 28

¹²⁸⁶ BBl 2000 4825, S. 4829; NZZ Nr. 211 vom 11./12. September 1999, S. 14

¹²⁸⁷ Amtl. Bull. StR 1975, S. 781; 1976, S. 498; Art. 24 Abs. 2 GVG

¹²⁸⁸ BBl 1977 II 198, S. 205

¹²⁸⁹ BBl 1990 II 1221; s. dazu GERMANN; KAYSER, S. 173-176; MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 26; HOFFMANN, S. 460-461; vgl. auch EPINEY, *Primat*, S. 539, u. COTTIER/HERTIG, S. 8

¹²⁹⁰ s. die Botschaft des Bundesrates, BBl 1992 II 903, 906-907, 921; GERMANN

¹²⁹¹ AS 1994 1101-1102

¹²⁹² d.h. die zahlreichen Strassenverkehrsabkommen, s. SR 0.741.691.136, .172, .214, etc., das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr, vom 21. November 1990 (SR 0.631.242.05), und das Freihandelsabkommen mit der EWG (Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, vom 22. Juli 1972, SR 0.632.401)

¹²⁹³ Art. 20 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft über den Güterverkehr auf Strasse und Schiene, vom 2. Mai 1992; SR 0.740.040

Tonnen zu und verbietet jedwede diskriminierende Massnahme (Art. 10, 15 und 16). Dies ist weder mit Art. 196 noch mit Art. 84 BV vereinbar, der vor allem die ausländischen Camionneurinnen und Camionneure treffen wird ¹²⁹⁴. Wie man bemerkt haben wird, wären diese Schwierigkeiten zu vermeiden gewesen, wenn bei der Aushandlung des Transitabkommens der bereits eingereichten Alpeninitiative Rechnung getragen worden oder die Alpeninitiative ein Jahr später zur Abstimmung gebracht worden wäre. Es ist dem Bundesrat denn auch vorgeworfen worden, dass er letzteres nicht getan hat ¹²⁹⁵.

Was sollte nun mit diesem Transitabkommen geschehen? Der Bundesrat vertrat kurz nach der Abstimmung zwei verschiedene Haltungen ¹²⁹⁶: Gegenüber dem Ausland versicherte er, es werde ohne Abstriche bis zu seinem Ablauf eingehalten. Er trat also juristisch gesehen für ein Primat des Völkerrechts gegenüber dem Landesrecht ein, auch wenn die Gründe natürlich politischer Natur sind. Diese Position hätte er allerdings schon in seiner Botschaft zur Initiative einnehmen und die Ungültigkeitserklärung der Initiative vorschlagen oder die Abstimmung um ein Jahr verschieben müssen. In der für die Schweiz bestimmten Botschaft versicherte der Bundesrat dagegen, der Volkswillen müsse respektiert werden. Hier gewichtet er also das demokratische Prinzip stärker, was der Rheinau- und der Schubert-Praxis (n° 419) entspricht. Im Gegensatz dazu forderte anfangs Juli 1994 der Generalsekretär des EVED in einem Schreiben an die Regierungsparteien eine zweite Abstimmung über die Alpeninitiative, da eine EU-kompatible Umsetzung nicht möglich sei. Während die CVP und die SP diesen Vorschlag ablehnten, wollte die FDP eine Änderung des Verfassungstextes nicht ausschliessen, und die SVP fand den Vorschlag sogar prüfenswert ¹²⁹⁷.

Nach der herrschenden Lehrmeinung ist die Annahme der Initiative jedoch als Auftrag an den Bundesrat zu verstehen, eine verfassungskonforme Änderung des Vertrags auszuhandeln (n° 376). Falls dies misslingt, wäre das Transitabkommen unter Inkaufnahme völkerrechtlicher Sanktionen zu kündigen (vgl. n° 377) – wobei man durchaus als Rechtfertigungsgrund der Vertragsverletzung das höherrangige Grundgebot der langfristigen Erhaltung unserer Lebensgrundlagen geltend machen könnte (s. n° 366) ¹²⁹⁸. Zudem würde der vertragswidrige Zustand weniger als ein Jahr

¹²⁹⁴ GERMANN; KARINE SIEGWART/RETO GRUBER/MICHAEL BEUSCH, *Stand und Perspektiven der Umsetzung des Alpenschutz-Artikels (Art. 36^{sexies} BV) unter besonderer Berücksichtigung der Raum- und Umweltplanung*, AJP 9/1998, S. 1037; KAYSER, S. 176

¹²⁹⁵ s. GERMANN

¹²⁹⁶ *ibid.*

¹²⁹⁷ NZZ Nr. 153 vom 4. Juli 1994, S. 13

¹²⁹⁸ So hat etwa das Streitschlichtungsorgan der WTO, der *Panel*, die Zulässigkeit umweltrechtlich motivierter Handelsschranken anerkannt, die auf Abkommen gestützt sind, welche über die im GATT vorgesehenen Ausnahmen hinausgehen. Und die Beschwerdeinstanz der WTO, der *Appellate Body*, hat die Zulässigkeit und Wünschbarkeit einseitiger Massnahmen zum Schutze bedrohter Tierarten anerkannt;

dauern. Jedenfalls wäre es ein Vertrauensbruch gegenüber der verfassungsgebenden Gewalt, die Initiative zur Abstimmung zu bringen, aber dann nicht oder nur eingeschränkt umzusetzen ¹²⁹⁹.

Bundesrat und Parlament haben nun den Versuch einer völkerrechtskonformen Umsetzung der Initiative unternommen, indem das Verkehrsverlagerungsgesetz vom 8. Oktober 1999 ohne Diskriminierung der Transitfahrten den gesamten alpenquerenden Güterschwerverkehr auf 650'000 Fahrten pro Jahr reduzieren will, was einer Verringerung des damaligen Transportvolumens von 1,2 Millionen Lastwagen um den Transitanteil entspricht ¹³⁰⁰. Indem die Reduktion aber nur anteilmässig erfolgt, verletzt das Gesetz den klaren Verfassungsauftrag, der ausdrücklich die Verlagerung des gesamten alpenquerenden Transitverkehrs auf die Schiene fordert. Zudem gilt diese Begrenzung nur für die vier gesetzlich festgelegten Transitstrassen (San-Bernardino-, Gotthard-, Simplon- und Grosse St. Bernhardroute) ¹³⁰¹ und lässt so ein Schlupfloch für Umfahrvverkehr.

372. *Die Initiative „für eine vernünftige Asylpolitik“ (1992): Ungültigerklärung.* Diese am 15. Juli 1992 eingereichte Initiative der SD verlangte, dass alle illegal eingereisten Asylbewerberinnen und -bewerber umgehend und ohne Beschwerdemöglichkeit weggewiesen werden ¹³⁰². Der Bundesrat beantragte die Ungültigerklärung dieser Initiative, weil sie dazu führen würde, dass das Non-Refoulement-Prinzip verletzt und damit schutzbedürftige Personen einen nicht wieder gutzumachender Schaden – sprich Folter und Tod – erlitten. Bei einer Annahme der Initiative bestünde nur die Wahl, diese nicht anzuwenden, was undemokratisch wäre, oder Leute in den Tod zu schicken, was für einen Rechtsstaat unzulässig sei. Somit habe das Volk keine Wahlfreiheit ¹³⁰³. Eine Teilungültigkeitserklärung nach dem Grundsatz *in dubio pro*

s. das *Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* - Verfahren gegen die USA, 37 ILM 834 (1998), Ziff. 7.55, u. 38 ILM 121 (1999), Ziff. 185; ACHERMANN, S. 87-88. Vgl. auch Art. 2 Abs. 4 u. 54 Abs. 2 BV; EPINEY, *Beziehungen*, Rz. 9, 15 u. 18

¹²⁹⁹ HANGARTNER/KLEY, Rz. 561

¹³⁰⁰ Art. 1 des Bundesgesetzes zur Verlagerung von alpenquerendem Güterschwerverkehr auf die Schiene, vom 8. Oktober 1999 (Verkehrsverlagerungsgesetz; SR 740.1); SIEGWART/GRUBER/BEUSCH (Fn. 1294), S. 1038-1039; HANSPETER GUGGENBÜHL, *Knifflige Aufgabe für Staatsrechtler*, Plädoyer 2/1999, S. 10-11, sowie *40-Tönnner überfahren den Alpenschutz* u. *Wenn Völkerrecht die Schweizer Staatsverfassung bricht*, Neue Zuger Zeitung Nr. 3 vom 6. Januar 1999, S. 2; vgl. KAYSER, S. 176-178

¹³⁰¹ Art. 2 des Bundesgesetzes über den Strassentransitverkehr im Alpengebiet, vom 17. Juni 1994 (STVG; SR 725.14)

¹³⁰² BBl 1994 III 1489; vgl. AUBERT, *Observations*, S. 21, und *Des nuances*, S. 20-22; kritisch GRISEL: *Verhältnis*, S. 445-447, *Initiative*, Nr. 630-636, u. *Droits populaires*, Rz. 26; MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 28-29; WILDHABER, *Neues*, S. 297-299; LOMBARDI, *Volksrechte*, S. 710; ARNOLD, S. 57-58; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1273-1276; MÜLLER/WILDHABER, S. 204-207; KAYSER, S. 84-94 u. 178-183

¹³⁰³ BBl 1994 II 1499; s. auch die Voten Bundesrat ARNOLD KOLLERS: Amtl. Bull. StR 1995, S. 347, Amtl. Bull. NR 1996, S. 330, und NZZ Nr. 145 vom 24. Juni 1994, S. 13

populo sei nicht möglich, weil die Initiative ohne die dem zwingenden Völkerrecht widersprechende Bestimmungen keinen Sinn mehr hätte¹³⁰⁴. Diese Ansicht stiess in den Räten mehrheitlich auf Zustimmung. Im Ständerat als Erstrat lehnte zwar CARLO SCHMID jegliche materielle Schranken der Verfassungsrevision ab. Dieser landsgemeindeerprobte Appenzeller fürchtete, man gerate sonst „in die Nähe eines ‚Illuminatenstaates‘ von Hohepriestern (...), die bestimmen, was das Volk in seinen Niederungen noch zu bestimmen hat.“¹³⁰⁵ Doch einzig GIORGIO MORNIROLI von der Lega dei Ticinesi teilte diese Ablehnung jeglicher Schranken, da es nicht zulässig sei, die Spielregeln während des Spiels zu ändern; für eine Ungültigerklärung müsste vorher die Verfassung geändert werden¹³⁰⁶. Die übrigen 32 anwesenden Ständerätinnen und -räte stimmten für die Ungültigkeit der Initiative¹³⁰⁷. Im Nationalrat befürworteten 133 gegen 33 Parlamentarierinnen und Parlamentarier die Ungültigerklärung¹³⁰⁸. Die Gegner argumentierten ähnlich wie die Ständeräte damit, dass eine Verfassungsgrundlage für eine Ungültigerklärung fehle¹³⁰⁹ und die Entscheidung Volk und Ständen als oberste Verfassungsinstanz zu überlassen sei¹³¹⁰. Die Initianten bestritten zudem die zwingende Natur des Non-Refoulement-Prinzips¹³¹¹.

373. *Die Ungültigerklärung entsprach der Lehrmeinung.*- Die Ungültigerklärung der SD-Initiative entsprach der herrschenden Lehrmeinung. Für diese ist soweit als möglich die Souveränität von Volk und Kantonen zu respektieren. Deshalb akzeptiert sie als Schranke der Verfassungsrevision nur die weltweit anerkannten ethischen Minimalstandards¹³¹². Manche Autoren betrachten dagegen jede völkerrechtswidrige Initiative

¹³⁰⁴ NZZ, *ibid.*, und Nr. 64 vom 17. März 1995, S. 18; vgl. ARNOLD, S. 63-64

¹³⁰⁵ Amtl. Bull. StR 1995, S. 336; NZZ Nr. 64 vom 17. März 1995, S. 13

¹³⁰⁶ Amtl. Bull. StR 1995, S. 341-342; NZZ, *ibid.* – Die zwingende Natur des Non-Refoulement-Prinzips war jedoch notorisch, und die SVP, die eine ähnlich radikale Initiative „gegen die illegale Einwanderung“ eingereicht hatte, behielt es ausdrücklich vor, weshalb sie für gültig erklärt wurde; s. BBl 1994 III 1491; AUBERT, *Des nuances*, S. 21.

¹³⁰⁷ Amtl. Bull. StR 1995, S. 348

¹³⁰⁸ Anträge auf Teilungültigerklärung wurden abgelehnt; Amtl. Bull. NR 1996, S. 331-333

¹³⁰⁹ MARKUS RUF, Amtl. Bull. NR 1996, S. 306 u. 307; HANS STEFFEN, *ibid.*, S. 310; FLAVIO MASPOLI, *ibid.*, S. 316

¹³¹⁰ SAMUEL MEIER, *ibid.*, S. 317; JÜRG SCHERRER, *ibid.*, S. 321

¹³¹¹ Rudolf Keller, *ibid.*, S. 306

¹³¹² MÜLLER, *Völkerrecht*, S. 235-236, und *Materiale Schranken*, S. 198 ff.; WILDHABER, *Art. 118*, Rz. 89; IDEM, *Verfassungsrevision*, S. 548; dagegen IDEM, *Neues*, S. 299 (Ungültigkeit bei Widerspruch zu unkündbaren Verträgen von erheblicher Tragweite); SALADIN, S. 85; AUBERT, *Observations*, S. 21, *Traité*, ad Nr. 326, und *Etendre*, S. 107; SCHINDLER, *Die Schweiz und das Völkerrecht*, S. 116; HAEFLIGER, *Hierarchie*, S. 480 u. 482; KÄLIN, *Menschenrechtsgarantien*, S. 243-245, 256 (eventuell Ungültigkeit bei Widerspruch zu unkündbarem Vertrag); THÜRER, *Bundesverfassung und Völkerrecht*, Rz. 17, *Rule of Law*, S. 465, und *Verfassungsrecht*, Rz. 14-15; HANGARTNER, *Widerspruch*, und *Verhältnis*, S. 202 u. 207; HANGARTNER/KLEY, Rz. 448-561; EHRENZELLER, *Volksrechte*, S. 123-124, und *Aussenpolitik*; ARNOLD, S. 62-63 u. 65-66; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1272-1276;

als nichtig, weil sie allgemein dem Völkerrecht Vorrang vor dem Landesrecht einräumen¹³¹³. Demgegenüber anerkennen andere überhaupt keine völkerrechtlichen Schranken der Verfassungsrevision; man findet sie vor allem in der älteren Lehre¹³¹⁴. Die erste Auffassung erscheint als zu einseitig hierarchisches¹³¹⁵, die zweite als zu einseitig demokratisches Denken. Für eine Minderheit der Lehre ist jede Behörde zur Anwendung des Völkerrechts verpflichtet, ob dieses verfassungskonform sei oder nicht. Da somit völkerrechtswidrige Bestimmungen gar nicht angewendet werden könnten, sind gemäss ANDRÉ GRISEL die Kosten für eine unnütze Volksabstimmung zu sparen und die Initiative wegen rechtlicher Unmöglichkeit für ungültig zu erklären¹³¹⁶. Dem ist entgegenzuhalten, dass justiziables späteres Verfassungsrecht früherem dispositivem Völkerrecht vorgeht (n° 362) und wohl ebenso spätere, gewollt völkerrechtswidrige Bundesgesetze (n° 421). Ein Ausführungsgesetz zu einer verfassungswidrigen Volksinitiative hätte somit grosse Chancen, von den Gerichten angewendet zu werden¹³¹⁷.

374. *Nachführung der Verfassung.*- Es wurde als unbefriedigend empfunden, dass die Verfassung nicht ausdrücklich das zwingende Völkerrecht als Schranke der Verfassungsrevision vorsah. Für Bundesrat ARNOLD KOLLER war dies einer der Gründe für die Revision der Bundesverfassung¹³¹⁸. Mit der Annahme der neuen Bundesverfassung ist diese Schranke nun demokratisch legitimiert worden. Erstaunlicherweise

COTTIER/HERTIG, S. 20; vgl. Gemeinsame Stellungnahme, S. 430; vgl. auch AUBERT, *Réforme*, S. 1001-1002

¹³¹³ JACOT-GUILLARMOD, *La primauté*, S. 416-417; HANGARTNER, *Völkerrecht*, S. 675, 676, 681; EPINEY, *Primat*, S. 560; GERMANN; HOFFMANN, S. 460-461; offen gelassen bei MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 30

¹³¹⁴ s. die Hinw. bei KÄLIN, *Menschenrechtsgarantien*, S. 244; in jüngerer Zeit nur ETIENNE GRISEL (s. *Verhältnis*, S. 443-447, *Initiative*, Nr. 630-636, *Droits populaires*, Rz. 26) und THOMAS FLEINER-GERSTER (s. den Hinw. bei ARNOLD, S. 58 Anm. 22); vgl. BBl 1994 III 1495

¹³¹⁵ COTTIER/HERTIG, S. 21; SEILER, *Noch einmal*, S. 454-455; LOMBARDI, *Volksrechte*, S. 709. – HOFFMANN (S. 461) weist darauf hin, dass das demokratische Prinzip vor Abschluss der völkerrechtlichen Verträge zu beachten sei, aber danach nicht zu einem Rechtsbruch missbraucht werden dürfe. Es ist aber zu beachten, dass nicht alle völkerrechtlichen Verträge einer genügenden demokratischen Kontrolle unterstehen; vgl. dazu *infra*, n° 477 *in fine* und n° 478.

¹³¹⁶ GRISEL, *A propos*, S. 386; in Bezug auf Staatsverträge WILHELM, S. 273 u. 280; für CAYTAS (S. 29) und MÜLLER (*Völkerrecht*, S. 235) jedenfalls dann, wenn das initiativwidrige Völkerrecht (wie in der Regel das Gewohnheitsrecht) nicht gekündigt werden kann; für SIEGENTHALER, (S. 222-223) auch aus dem Grund, dass die Initiative nicht das von der Verfassung vorgesehene Instrument zur Aufhebung von Staatsverträgen sei. Vgl. auch AUBERT, *Traité*, Nr. 326bis, für den eine Initiative, welche gegen einen nach dem schwerfälligen Verfahren des Art. 89 Abs. 5 aBV (Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV) abgeschlossenen Vertrag verstiesse, ungültig wäre, und nur die Kündigung dieses Vertrags verlangt werden könnte, sofern diese Möglichkeit völkerrechtlich gegeben wäre; vgl. dazu n° 376-377.

¹³¹⁷ WILHELM, S. 278-279

¹³¹⁸ KOLLER, *Verfassungsreform*, S. 10, 13; NZZ Nr. 64 vom 17. März 1995, S. 18

hatten alle Parlamentarierinnen und Parlamentarier den Artikeln 139, 193 und 194 BV diskussionslos zugestimmt ¹³¹⁹.

375. *Enger Ius-cogens-Begriff bei Verfassungsrevisionen.*- Bei Verfassungsrevisionen ist auf Grund der Entstehungsgeschichte und des Zwecks der Bestimmungen von einem engen Ius-cogens-Begriff auszugehen ¹³²⁰. Nur wenn ein Revisionsvorschlag eindeutig gegen international anerkanntes zwingendes Völkerrecht verstösst und sich einer ius-cogens-konformen Auslegung oder einer Teilungültigerklärung verschliesst, sollte er von der Bundesversammlung als ungültig erklärt werden (vgl. n° 376) ¹³²¹. Der zwingende Charakter der Ius-Cogens-Normen wird nämlich in der bundesrätlichen Botschaft zur neuen Bundesverfassung wie schon in der Botschaft zur SD-Initiative damit begründet, dass sie zu den Grundregeln zwischenstaatlichen Verhaltens gehören und für das friedliche Zusammenleben der Menschheit oder ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar sind. Mit der Inkraftsetzung von Verfassungsrecht, das zwingendes Völkerrecht verletzt, entstünde ein *nicht wieder gutzumachender Schaden*. Daraus ergibt sich, dass sie für jeden Rechtsstaat – unabhängig von der Ratifikation oder Kündigung entsprechender Verträge – verbindlich sind. Der Geltungskraft solcher Normen kann sich ein Rechtsstaat nicht durch Berufung auf entgegenstehendes Verfassungsrecht entziehen. Jede landesrechtliche Bestimmung – selbst auf Verfassungsstufe –, die gegen eine solche Norm verstösst, ist ungültig. Auch Volk und Stände haben hier *keine Wahlfreiheit*. Deshalb erachtet es der Bundesrat als richtig, die solcherart als zwingend verstandenen Bestimmungen des Völkerrechts als materielle Schranke der Verfassungsrevision explizit zu verankern: Es wäre Scheindemokratie, liesse man dennoch über eine solche Normen verletzende Volksinitiative abstimmen ¹³²². Die SD-Initiative war ein Beispiel für eine Volksinitiative, welche einen nicht wieder gut zu machenden Schaden hätte bewirken können, denn die Folterung oder Ermordung eines ausgeschafften Flüchtlings lässt sich weder mit Geld noch sonstwie wieder gutmachen ¹³²³.

Wenn dagegen kein klarer Verstoss gegen so verstandenes *ius cogens* vorliegt, ist es der verfassungsgebenden Gewalt zu überlassen, ob sie den Revisionsvorschlag annehmen will oder nicht: Sie ist diesfalls ja völkerrechtlich keineswegs in ihrer Wahl eingeschränkt. Damit liegt auch kein Grund vor, sie in ihren Rechtsetzungskompeten-

¹³¹⁹ Amtl. Bull. NR 1998, Sonderausgabe Reform der BV, S. 49-51, 118; Amtl. Bull. StR 1998, Sonderausgabe Reform der BV, S. 120, 121; LOMBARDI, *Volksrechte*, S. 710

¹³²⁰ LOMBARDI, *ibid.*, S. 709; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1273-1276

¹³²¹ vgl. HANGARTNER, *Völkerrecht*, S. 665, und COTTIER, *Globalisierung*, S. 230; Gemeinsame Stellungnahme, S. 400

¹³²² Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 362, 433-434, 446

¹³²³ SALADIN, S. 87; AUBERT, *Observations*, S. 21, *Traité, ad* Nr. 326 u. *Des nuances*, S. 21; COTTIER/HERTIG, *ibid.*

zen zu beschneiden. Vielmehr ist der Entscheid in einem solchen Zweifelsfalle ihrer Urteilkraft zu überlassen. Es entspricht bewährter schweizerischer Tradition und Staatsauffassung, über Verfassungsrevisionen wenn immer möglich Volk und Stände entscheiden zu lassen ¹³²⁴. Die Volksinitiative ist wichtiger Bestandteil des schweizerischen Selbstverständnisses ¹³²⁵. Sie sollte nicht mehr als unumgänglich eingeschränkt werden. Im Zweifelsfall sollte auf die Urteilkraft der verfassungsgebenden Gewalt vertraut werden, denn in einer Demokratie gilt: *“Non è l’uso della libertà che importa, anzi esso è di solito una cosa insulsa e volgarissima. Ciò che importa è la possibilità di usarne.”* (DINO BUZZATI, *Il pesce rosso*). Der verfassungsgebenden Gewalt steht es deshalb frei, gegen nicht international anerkanntes zwingendes Völkerrecht verstossende Entscheidungen zu treffen, auch wenn diese von den politischen Behörden und anderen Meinungsmachern als unvorteilhaft eingestuft würden. Ziel ist nicht grösste Effizienz, sondern grösste Akzeptanz. Die verfassungsgebende Gewalt soll zudem nicht einfach bevormundet, sondern in der Abstimmungskampagne überzeugt werden. Und falls sie dennoch einen völkerrechtswidrigen Entscheid trifft, ist noch lange nicht gesagt, ob dieser nicht dennoch der klügere war, wenn langfristig gedacht wird – wie etwa bei der Alpeninitiative. Jedenfalls aber wäre auch ein dümmerer Entscheid einer Bevormundung vorzuziehen.

Wenn weitere völkerrechtliche Verpflichtungen von erheblicher Tragweite oder unkündbare Verträge und Gewohnheitsrecht zu den Schranken der Verfassungsrevision gezählt werden ¹³²⁶ oder gar die Ansicht vertreten wird, Volk und Stände sollten nicht einmal über die Regelung des Lastwagenverkehrs in der Schweiz entscheiden können ¹³²⁷, vermag dies nicht zu überzeugen: Hier entsteht kein nicht wieder gut zu machender Schaden, es besteht Wahlfreiheit, und es besteht damit kein Grund, weshalb die Wahlfreiheit nicht von Volk und Ständen ausgeübt werden sollte ¹³²⁸. Deshalb ist auch eine völkerrechtskonforme, aber initiativwidrige Umsetzung der Alpeninitiative unzulässig.

¹³²⁴ Dagegen wollen BIAGGINI, S. 728 Anm. 38, EHRENZELLER, *Volksrechte*, S. 123, und *Aussenpolitik*, RHINOW, *Bundesverfassung*, S. 370, und THÜRER, *Verfassungsrecht*, Rz. 14-15, eine Ungültigerklärung auch bei nichtzwingendem Völkerrecht nicht ausschliessen. Eine solche Kompetenz ist jedoch auch von der ständerätlichen Kommission und dem Bundesrat im Rahmen der (einstweilen gescheiterten) Reform der Volksrechte abgelehnt worden; vgl. RHINOW, *ibid.*, S. 370-371, HANGARTNER/KLEY, Rz. 554-556, und GRISEL, *Droits populaires*, Rz. 26. – Für die Kassation völkerrechtswidriger Verfassungsinitiativen im Bund war schon HANGARTNER, *Völkerrecht*, S. 676.

¹³²⁵ vgl. Bundesrat ARNOLD KOLLER, *Demokratie*, S. 24, u. *Verfassungsreform*, S. 13; THÜRER, *Verfassungsrecht*, Rz. 45

¹³²⁶ so SCHINDLER, *Die Schweiz und das Völkerrecht*, S. 116, KÄLIN, *Menschenrechtsgarantien*, S. 256, WILDHABER, *Neues*, S. 299, BIAGGINI, S. 728, KAYSER, S. 233, und YVO HANGARTNER, *Schächtverbot und Grundrechte. Die rechtliche Ausgangslage vor politischen Entscheiden*, NZZ Nr. 109 vom 14. Mai 2002, S. 15; offen gelassen bei MALINVERNI, *L’indépendance*, S. 30

¹³²⁷ so GERMANN

¹³²⁸ vgl. HANGARTNER, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 1020-1021; COTTIER/HERTIG, S. 21

376. *Völkerrechtskonforme Auslegung der Volksinitiativen.*- Auf alle Fälle ist vor einer Ungültigkeitserklärung einer Volksinitiative wegen Verstosses gegen zwingendes Völkerrecht zu versuchen, den Konflikt auf Grund des demokratischen Staatsprinzips nach dem Grundsatz *in dubio pro populo* auf dem Weg der völkerrechtskonformen Auslegung zu lösen¹³²⁹. Eine Volksinitiative, welche sich ius-cogens-konform auslegen lässt, ist deshalb der Volksabstimmung zu unterbreiten. Vor einer vollständigen Ungültigkeitserklärung ist zu prüfen, ob eine teilweise Ungültigkeit möglich ist (Art. 139 Abs. 3 BV); vgl. n° 372.

Jede Volksinitiative ist sodann auch konform zum übrigen Völkerrecht auszulegen (s. *infra*, n° 414). Gelingt dies nicht, und wird eine Volksinitiative angenommen, welche im Widerspruch zu vertraglichen Verpflichtungen der Schweiz steht, muss der Bundesrat eine Anpassung des Vertrages aushandeln. Scheitern die Verhandlungen, muss er ihn kündigen. Die Verfassungsrevision sollte erst nach der Kündigungsfrist des Vertrags in Kraft treten¹³³⁰.

377. *Fortsetzung. Allgemeine Regeln des Völkerrechts und unkündbare Verträge.*- Eine Kündigung ist allerdings nicht möglich bei unkündbaren Verträgen und allgemeinen Regeln des Völkerrechts. Doch auch gegen solche Normen verstossende Initiativen sind aus den eben dargestellten Gründen grundsätzlich gültig, es sei denn, es entstünde ein nicht wieder gutzumachender Schaden. Bei unkündbaren Verträgen stellt sich zudem von vorneherein die Frage, ob die Ewigkeitsklausel überhaupt gültig ist. Landesrechtlich würde sie als übermässige Bindung und damit als nichtig betrachtet werden¹³³¹. Dass eine Generation die nächste mit einem unabänderlichen Vertrag zu binden vermöchte erscheint tatsächlich als unannehmbar. Aber die Frage ist theoretisch. Sowieso würden politische Erwägungen bei der Beurteilung der Gültigkeit eines solchen Vertrags den Ausschlag geben. Deshalb sollte die Entscheidung Volk und Ständen überlassen werden und die Initiative unter Inkaufnahme etwaiger völkerrechtlicher Sanktionen für gültig erklärt werden. Was das Gewohnheitsrecht betrifft, so ist es in kontinuierlicher Entwicklung; eine bewusste Abweichung davon kann dessen Änderung herbeiführen (n° 15). Auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind Veränderungen unterworfen (s. n° 28). Natürlich würde gegebenenfalls die Verantwortlichkeit der Schweiz ausgelöst, solange ihr Verhalten minoritär bliebe.

¹³²⁹ WILDHABER, *Art. 118*, Rz. 88; Gemeinsame Stellungnahme, S. 428; HAEFLIGER, *Hierarchie*, S. 479; KÄLIN, *Menschenrechtsgarantien*, S. 254; HANGARTNER/KLEY, Rz. 546; KAYSER, S. 172-173; vgl. HANGARTNER, *ibid.*, S. 1020-1021

¹³³⁰ WILDHABER, *ibid.*; GRISEL, *Verhältnis*, S. 442; AUBERT, *Etendre*, S. 107; HANGARTNER/KLEY, Rz. 548; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1757. Dies gilt entgegen HANGARTNER/KLEY, Rz. 552, auch für den Fall, dass eine Volksinitiative mit einer *vertraglich* als zwingend bestimmten völkerrechtlichen Norm kollidiert.

¹³³¹ BGE 127 II 69, S. 77 E. 5b, *A. AG. c. Regierungsrat des Kantons St. Gallen*, m. w. Hinw.

378. *Inhalt des ius cogens in der Schweiz: Ergebnis.*- Im Ergebnis umfassen die zwingenden Normen des Völkerrechts nur die völkerrechtlich allgemein anerkannten Garantien, wenn es um Verfassungsrevisionen geht (n° 375), während die Gerichte diesen Begriff weiter fassen können (n° 364, 365). Es besteht ein Unterschied darin, ob das Bundesgericht in der Rechtsanwendung in einem Einzelfall unter Berufung auf zwingendes Völkerrecht einen Auslieferungsvertrag nicht anwendet, der nicht dem Referendum unterstand, oder ob das Parlament eine von 100'000 Stimmberechtigten eingereichte Volksinitiative für ungültig erklärt und eine Verfassungsrevision mit dem Hinweis auf eine nebulöse zwingende Norm des Völkerrechts, über die nie abgestimmt wurde, unterbindet.

379. *Gerichtliche Durchsetzung des Völkerrechts.*- Das schweizerische Prozessrecht erlaubt grundsätzlich ohne weiteres die Durchsetzung völkerrechtlicher Ansprüche. Wie wir gesehen haben, behandelt das Bundesgericht die allgemeinen Regeln des Völkerrechts analog wie völkerrechtliche Verträge oder Bundesrecht (n° 355) ¹³³². Die Verletzung des Gewohnheitsrechts und der allgemeinen Rechtsgrundsätze kann also in Bund und Kantonen vor allen Behörden und Gerichten mit allen Rechtsmitteln – ordentlichen und ausserordentlichen – geltend gemacht werden (diffuse Normenkontrolle) ¹³³³. Einzig im Falle von Volksinitiativen erfolgt die Kontrolle konzentriert sowie präventiv und abstrakt durch die Bundesversammlung (n° 368). Ausserdem gilt der Grundsatz *iura novit curia* auch in Bezug auf Völkerrecht. Er gilt nicht nur für die Richterinnen und Richter, sondern auch die öffentlichen Bediensteten, wie für diese auch die Verpflichtung gilt, das Völkerrecht anzuwenden. Das Bundesgericht anerkennt ausdrücklich, dass Verwaltung und Gerichte als Vollzugsträger der Völkerrechtsordnung zur Durchsetzung der Menschenrechte berufen sind ¹³³⁴. Eine andere Frage ist, ob Völkerrecht von den zuständigen Instanzen bisweilen mangels fehlender Vertrautheit nicht berücksichtigt wird, vgl. n° 356. Wie wir schon gesehen haben (n° 353), muss zudem bei staatsrechtlichen Beschwerden auf dem Gebiet des Arrestes auf Vermögen ausländischer Staaten der kantonale Instanzenzug nicht ausgeschöpft werden (nun Art. 86 Abs. 2 OG). Da hier oft die Staatenimmunität geltend gemacht wird, die Teil des internationalen Gewohnheitsrechts ist, geniesst dieses in diesem Zusammenhang sogar eine besondere Bevorzugung, jedenfalls wenn man die Verkürzung des Instanzenzugs als Vorteil erachtet. Nach übereinstimmender Auffassung von Praxis und Lehre ist die dem Völkerrecht widersprechende landesrechtliche Norm

¹³³² vgl. auch AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 2031, u. MICHEL, Rz. 54

¹³³³ vgl. THÜRER, *Bundesverfassung und Völkerrecht*, Rz. 20; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *ibid.*, Rz. 2030-2038, m. w. Hinw., sowie Rz. 1999; SCHWEIZER, *Gerichte*, S. 730-731; MICHEL, *ibid.*

¹³³⁴ BGE 123 II 595, S. 616 E. 7b, *Bundesamt für Polizeiwesen c. Agumina Corporation*, vom 10. Dezember 1997

gegebenenfalls unanwendbar ¹³³⁵. Eine *ius cogens* widersprechende Bestimmung ist nichtig ¹³³⁶.

380. *Einschränkungen der gerichtlichen Durchsetzbarkeit.*- Allerdings sind das Bundesgericht und die übrigen rechtsanwendenden Behörden an jüngeres, justiziables Verfassungsrecht und bewusst völkerrechtswidrige Bundesgesetze gebunden (n° 362, 403, 421). Ausserdem kann das Bundesgericht nach Art. 98 Bst. a OG erstinstanzliche Verfügungen des Bundesrates ausser im Bereich des Personalwesens nicht überprüfen. Der Grund für diese Vorschrift liegt darin, dass Bundesgericht und Bundesrat Behörden gleichen Ranges sind. Und schliesslich kann gegen Verfügungen auf dem Gebiete der auswärtigen Angelegenheiten grundsätzlich keine Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht erhoben werden (Art. 100 Abs. 1 Bst. a OG; s. a. Bst. b u. c, f.). Es handelt sich dabei um *Political Questions*, die sich nicht zur rechtlichen Überprüfung eignen; stark politische Entscheide, wie die Anerkennung von Staaten, die Beendigung oder Nichtanwendung eines völkerrechtlichen Vertrags wegen Vertragsverletzungen (vgl. hierzu n° 461 u. n° 45), Fragen des diplomatischen Schutzes oder der Neutralität und der äusseren Sicherheit sind deshalb der Überprüfung durch das Bundesgericht entzogen ¹³³⁷ (vgl. Deutschland, n° 96, Frankreich, n° 157-162, das Vereinigte Königreich, n° 217, und die Vereinigten Staaten von Amerika, n° 269).

Das Bundesgericht hat diese Einschränkungen seiner Zuständigkeiten aber in seiner neueren Rechtsprechung in Frage gestellt. Im Entscheid *A.* trat es sogar auf eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen eine Verfügung des Bundesrates ein (s. *infra*, n° 427)

381. *Fortsetzung. Zurückhaltung bei der Beurteilung der Menschenrechtslage in ausländischen Staaten...*- Grundsätzlich überprüft das Bundesgericht die Auslegung und Anwendung des Völkerrechts frei ¹³³⁸. Wo die inneren Angelegenheiten anderer Staaten betroffen sind, auferlegt sich das Bundesgericht indes Zurückhaltung bei der Würdigung des Sachverhalts. Die Frage stellt sich bei Rechtshilfebegehren ausländischer Staaten. Das Bundesgericht als Rekursinstanz lehnt diese ab, wenn der Betroffene glaubhaft macht, er wäre im ersuchenden Staat einer menschenrechtswidrigen Behandlung ausgesetzt. Es leitet die Verpflichtung der Schweiz, die Menschenrechte

¹³³⁵ SALADIN, S. 89; HANGARTNER, *Völkerrecht*, S. 664; THÜRER, *Bundesverfassung und Völkerrecht*, Rz. 15; ANDREAS AUER, *L'effet des décisions d'inconstitutionnalité du Tribunal fédéral*, AJP 5/1992, S. 560 Nr. 9; HANGARTNER/KLEY, Rz. 1072

¹³³⁶ HANGARTNER, *ibid.*, S. 664 u. 675; vgl. THÜRER, *ibid.*, Rz. 17, u. *Verfassungsrecht*, Rz. 29 Anm. 29

¹³³⁷ vgl. SÄGESSER (HRSG.), Rz. 1136-1138

¹³³⁸ BGE 125 II 86, S. 98, *Groupement G2IR3 c. Conseil communal de La Chaux-de-Fonds, Groupement STEP 2300 et Tribunal administratif du canton de Neuchâtel*, vom 20. November 1998; 115 Ia 212, S. 215, *X. c. Kanton Bern und Obergericht des Kantons Solothurn*, vom 14. Juli 1989; KÄLIN, *Verfahren*, S. 192-193; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 2053

einer von einem Rechtshilfegesuch betroffenen Person zu schützen, direkt aus dem Verfassungs- und Völkerrecht ab. Art. 35 BV unterstreiche, dass die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung und bei der Verwirklichung jeder staatlichen Aufgabe zur Geltung kommen müssten¹³³⁹. Die Prüfung der Menschenrechtssituation im ersuchenden Staat setzt aber, wie das Bundesgericht feststellt, ein Werturteil über das politische System des ersuchenden Staates, seine Institutionen, sein Verständnis von den Grundrechten und deren effektive Gewährleistung sowie über die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Justiz voraus. Und bei dieser Prüfung müsse das Rechtshilfegericht besondere Vorsicht walten lassen. Es genügt deshalb nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht, wenn der Betroffene sich auf die allgemeinen politischen oder rechtlichen Verhältnisse im ersuchenden Staat beruft. Vielmehr muss er glaubhaft machen, dass objektiv und ernsthaft eine schwerwiegende Verletzung der Menschenrechte im ersuchenden Staat zu befürchten ist, die ihn unmittelbar berührt¹³⁴⁰.

Dies wäre grundsätzlich immer dann der Fall, wenn die Menschenrechte in einem Land generell nicht eingehalten werden. Für diese Situation hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung aber noch restriktiver ausgestaltet, um nicht generell die Menschenrechtslage in einem Land verurteilen zu müssen. So kam es im Entscheid *Lazarenko I*, vom 19. September 2000¹³⁴¹, zum Schluss, der Beschwerdeführer, der von Mai 1996 bis Juli 1997 Premierminister der Ukraine war, habe Bedenken glaubhaft gemacht, dass er in der Ukraine in den Genuss eines Verfahrens vor einem unabhängigen Strafgericht kommen könne. Es ergebe sich aus verschiedenen unabhängigen Berichten, dass die ukrainischen Gerichte nicht nur korrupt und ineffizient seien, sondern auch die Vorgaben der Exekutive erfüllten und die Angeklagten unabhängig von Verfahrensfehlern entsprechend der Anklage fast ausnahmslos verurteilten. Niemand kann also in der Ukraine ein faires Verfahren erwarten. Dennoch erwartete das Bundesgericht vom Beschwerdeführer den Nachweis, dass die Justiz „speziell ihm gegenüber“ nicht unabhängig sei, weil es eben nicht allgemein zur Menschenrechtslage in der Ukraine Stellung nehmen und deshalb die Rechtshilfe nicht aus Gründen verweigern wollte, „die alle ukrainischer Jurisdiktion unterliegenden Personen in gleicher Weise treffen“. Diese Rechtsprechung des Bundesgerichts widerspricht jedoch offensichtlich seiner von ihm selbst anerkannten Verpflichtung, die Menschenrechte einer von einem Rechtshilfegesuch betroffenen Person zu schützen.

¹³³⁹ BGE 1A.212/2000, S. 10 E. 3a/aa, *Pavlo und Tamara Lazarenko c. Obergericht des Kantons Zürich (Lazarenko I)*, vom 19. September 2000 (abrufbar unter www.srv.bger.ch); BGE 126 II 324, S. 327 E. 4d, *Glouchkov c. Ministère public de la Confédération*, vom 19. Juni 2000, jeweils m. Hinw.

¹³⁴⁰ BGE *Lazarenko I*, *ibid.*, S. 11 E. 3a/bb; BGE *Glouchkov*, *ibid.*, S. 326 E. 4a, jeweils m. w. Hinw.

¹³⁴¹ BGE *Lazarenko I*, *ibid.*, S. 18-21 E. 5b/bb u. cc

382. ... insbesondere bei Europaratsmitgliedern.- Wenn der ersuchende Staat, wie im Fall *Lazarenko I* die Ukraine, Mitglied des Europarats ist, auferlegt sich das Bundesgericht noch zusätzliche Zurückhaltung: Diesfalls überprüft es die allgemeine Menschenrechtslage im ersuchenden Staat gar nicht erst. Diese Prüfung müsse den Organen des Europarats, dem Gerichtshof, der Parlamentarischen Versammlung und dem Ministerkomitee überlassen bleiben, da sonst die Gefahr bestünde, dass die Gerichte der Mitgliedstaaten zu sich widersprechenden Ergebnissen kämen¹³⁴². Es versteht sich von selbst, dass diese Erwägung nicht absolut gelten kann: Die zwingenden Regeln des Völkerrechts gehen auch aus der Europaratsmitgliedschaft erwachsenden Verpflichtungen vor¹³⁴³. Dies ist gerade dann zu beachten, wenn der Europarat von einer Suspendierung eines Mitglieds aus politischen Erwägungen absieht.

2. Völkerrechtliche Verträge

383. *Hinweise in der Verfassung von 1874* ...- Die Verfassung vom 28. Mai 1874 enthielt keine ausdrücklichen Bestimmungen über Geltung, Anwendung und Rang des Vertragsrechts. Aus den Art. 89 Abs. 3 und 4 aBV (Vertragsreferendum) sowie 113 Abs. 1 Ziff. 3 und 114^{bis} aBV (Kompetenzen des Bundesgerichts) liess sich immerhin schliessen, dass Verträge offenbar unmittelbar gelten (n° 385) und direkt anwendbar sind (vgl. n° 392). Aus Art. 113 Abs. 3 aBV ergab sich zudem, dass völkerrechtliche Verträge – wie die Bundesgesetze – für das Bundesgericht massgebend sind, also nicht auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüft werden können. Die Rangfrage wurde dagegen nicht entschieden. Die Praxis der Schweiz zu den Verträgen wurde im Übrigen vom Bundesgericht, den Exekutiv- und Verwaltungsbehörden sowie von der Lehre geprägt.

384. ... und 1999.- In der Verfassung vom 18. April 1999 finden sich die den obgenannten Bestimmungen entsprechenden Artikel 141 Abs. 1 Bst. d und Abs. 2, 189 Abs. 1 Bst. c sowie 191. Darüber hinaus verpflichtet neu Art. 5 Abs. 4 Bund und Kantone ausdrücklich zur Beachtung des Völkerrechts, was ebenfalls auf die unmittelbare Geltung und die direkte Anwendbarkeit der völkerrechtlichen Verträge schliessen lässt. Weiterhin offen bleibt die Rangfrage (vgl. n° 403-406).

¹³⁴² *ibid.*, S. 20-21; BGE 1A.124/2001, S. 8 E. 3.4, *Pavlo Lazarenko c. Obergericht des Kantons Zürich (Lazarenko II)*, vom 28. März 2002 (abrufbar unter www.srv.bger.ch)

¹³⁴³ Frage offen gelassen *Lazarenko II*, S. E. 3.5

a) Geltung

385. *Unmittelbare Geltung als ungeschriebener Verfassungsgrundsatz.* Völkerrechtliche Verträge erlangen mit ihrer völkerrechtlichen Verbindlichkeit unmittelbar landesrechtliche Geltung, wie von Praxis¹³⁴⁴ und Lehre¹³⁴⁵ einmütig bestätigt wird (betreffend einer dualistischen Eskapade des Bundesgerichts und in der Lehre siehe *infra*, n° 386). Die Schweiz hat ohne dogmatische Diskussionen die Adoptionstechnik gewählt. Für die Kantone und später den Bund war es eine Selbstverständlichkeit, dass sie durch völkerrechtliche Abkommen Verpflichtungen eingingen, die unmittelbar und ohne interne prozedurale Hindernisse gültig waren. Deshalb wurde am 30. Januar 1921 auch das Referendum über völkerrechtliche Verträge eingeführt, weil sonst das Gesetzesreferendum mittels internationaler Verträge hätte unterlaufen werden können (s. *infra*, n° 473). Wenn die Schweiz die Transformations- oder Vollzugstechnik befolgte (n° 61), so hätte das Gesetzesreferendum genügt¹³⁴⁶. Auch die in Art. 189 Abs. 1 Bst. c BV (113 Abs. 1 Ziff. 3 aBV) und im OG vorgesehenen Rekurse wegen Verletzung von völkerrechtlichen Verträgen erklären sich nur mit deren unmittelbaren Geltung¹³⁴⁷. Die unmittelbare Geltung des Völkerrechts – der Verträge ebenso wie des Gewohnheitsrechts und der allgemeinen Rechtsgrundsätze – gilt heute nach Ansicht des Bundesrates¹³⁴⁸, der Bundesverwaltung¹³⁴⁹ und der Lehre¹³⁵⁰ als ungeschriebener Verfassungsgrundsatz. Das Bundesgericht, das dogmatische Stellungnahmen vermeidet, hat sich dazu nicht geäußert. Immerhin hat es im Dreyfus-Entscheid im Zusammenhang mit internationa-

¹³⁴⁴ s. etwa BGE 122 II 234, S. 237 E. 4a, *Schweizerischer Bund für Naturschutz (SBN), Schweizer Heimatschutz (SHS), World Wildlife Fund Schweiz (WWF) et al. c. Regierungspräsidium Freiburg i. Br. und Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt*, vom 27. Juni 1996, und BGE 112 Ib 183, S. 184 E. 2a, *Maison G. Sprl c. Direction générale des douanes*, vom 2. September 1986; f. w. Hinw. s. MÜLLER/WILDHABER, S. 166

¹³⁴⁵ LARDY, S. 197-198; AUBERT, *Traité*, Nr. 1325, u. *L'autorité*, S. 276; GUGGENHEIM, S. 74; MÜLLER, *Völkerrecht*, S. 223; CAYTAS, S. 6; SIEGENTHALER, S. 213 u. 215; SALADIN, S. 81; WILDHABER/BREITENMOSER, S. 197; SCHINDLER, *Art. 85 Ziff. 5*, Rz. 56, u. *Die Schweiz und das Völkerrecht*, S. 111; WILHELM, S. 83; HANGARTNER, *Völkerrecht*, S. 654, u. *Verhältnis*, S. 204; EPINEY, *Primat*, S. 541-542; COTTIER/PANNATIER, SJK 385, S. 3; COTTIER/WÜGER/ZELLWEGER, *Synthesebericht*, S. 4; THÜRER, *Bundesverfassung und Völkerrecht*, Rz. 9; HOLZER, S. 121; MÜLLER/WILDHABER, S. 153; WÜGER, S. 103

¹³⁴⁶ das Vertragsreferendum wurde am 13. März 1977 erweitert (Art. 89 Abs. 3 aBV); vgl. AUBERT, *Traité*, ad Nr. 1142-1150; HANGARTNER, *Völkerrecht*, *ibid.*, u. *Verhältnis*, *ibid.*

¹³⁴⁷ ausdrücklich Art. 43 Abs. 1 (Berufung), Art. 68 Abs. 1 Bst. e (Nichtigkeitsbeschwerde) und Art. 84 Abs. 1 Bst. c (Staatsrechtliche Beschwerde) OG. WILHELM, S. 91

¹³⁴⁸ Botschaft des Bundesrates über ein Kernenergiehaftpflichtgesetz, vom 10. Dezember 1979, BBl 1980 I 172; Stellungnahme des Bundesrates zur Motion BAUMANN (Fn. 1164) und Antwort zur Interpellation SCHMID (Fn. 1164, S. 587), jeweils vom 9. Dezember 1996

¹³⁴⁹ Gutachten der Justizabteilung, vom 1. Mai 1975, VPB 40 (1976) Nr. 60, S. 44

¹³⁵⁰ AUBERT, *L'autorité*, S. 276; MÜLLER, *Völkerrecht*, S. 223; HANGARTNER, *Völkerrecht*, S. 654-655; WILHELM, S. 90; vgl. auch SIEGENTHALER, S. 207

lem Gewohnheitsrecht festgestellt, dass Völkerrecht seiner Natur nach innerstaatliche Geltung beanspruche (n° 353). Das kann auch für Vertragsrecht gelten, da das Bundesgericht Gewohnheits- und Vertragsrecht gleichsetzt (*supra*, n° 354).

386. *Die Praxis des Bundesgerichts. Ein dualistisches Intermezzo...*,- Das Bundesgericht hat schon in einem seiner frühesten Entscheide den Grundsatz der unmittelbaren Geltung der völkerrechtlichen Verträge anerkannt¹³⁵¹. Doch blieb eine dualistische Strömung in der schweizerischen Literatur zu Beginn der Zwanzigerjahre nicht ohne Einfluss auf das Bundesgericht¹³⁵². RALPH KUNDERT zum Beispiel vertrat in seiner Dissertation von 1919 die Ansicht, dass der Genehmigungsbeschluss der Bundesversammlung das völkerrechtliche Abkommen in Landesrecht transformiere¹³⁵³. Der Genehmigungsbeschluss hätte also zwei Funktionen: Er ermächtigt den Bundesrat einerseits, eine völkerrechtliche Bindung einzugehen, andererseits verleiht er dem Vertrag – zum Voraus und unter der Suspensivbedingung der Ratifikation – Gesetzeskraft. Diese Analyse des Genehmigungsbeschlusses vermag indes nicht zu überzeugen, wie AUBERT gezeigt hat¹³⁵⁴: Sie setzt den Genehmigungsbeschluss mit einem gewöhnlichen Gesetzgebungsakt gleich, obwohl die beiden Räte weder ein Initiativ- noch ein Änderungsrecht haben (n° 466); auch waren Verträge dazumal nur selten dem Referendum unterworfen (n° 472). Zudem unterstehen viele Verträge gar nicht der Genehmigungspflicht der Bundesversammlung (n° 457). Und schliesslich ist die Konstruktion KUNDERTS sehr künstlich, wenn man bedenkt, dass zur Suspensivbedingung der Ratifikation noch die Resolutivbedingung der Vertragskündigung kommt, die nach herrschender Ansicht und Praxis Sache der Regierung ist (n° 461).

Nichtsdestotrotz übernahm das Bundesgericht diese eigenartige Art, den Genehmigungsbeschluss der Bundesversammlung zu verstehen, vier Jahre später in einem Entscheid *Lepeschkin c. Zürcher Obergericht*, vom 2. Februar 1923. Ein Vertrag verpflichtete zunächst nur die beteiligten Staaten als Völkerrechtssubjekte, hielten die Richter fest, und fuhren fort: „*Die Annahme eines Staatsvertrages durch die Bundesversammlung hat demnach rechtlich eine doppelte Bedeutung: sie enthält einmal die zur Begründung der völkerrechtlichen Bindung der Schweiz an den Vertrag erforderliche Genehmigung desselben verbunden mit der Ermächtigung an den*

¹³⁵¹ BGE 3 270, S. 285-286, *Hospice d'aliénés de Préfargier c. l'Etat de Neuchâtel*, vom 21. März 1877; BGE 7 774, S. 781-782, *Riesow c. Obergericht des Kantons Thurgau*, vom 3. Dezember 1881; BGE 27 I 192, S. 194, *Müller et Cie c. Nordostbahngesellschaft*, vom 1. Mai 1901; BGE 35 I 411, S. 415 E. 3, *Rizzi c. Rizzi*; GUGGENHEIM, S. 73

¹³⁵² Vgl. aus heutiger Sicht n° 343. – AUBERT, *L'autorité*, S. 274-275, DOMINICÉ, S. 32-33, und WILHELM, S. 84, m. Hinw.

¹³⁵³ RALPH KUNDERT, *Völkerrechtlicher Vertrag und Staatsvertragsgesetz im schweizerischen Recht*, Diss. Zürich 1919

¹³⁵⁴ AUBERT, *L'autorité*, S. 274-275; vgl. KÄLIN, *Geltungsgrund*, S. 55-56; HAEFLIGER, *Hierarchie*, S. 479

Bundesrat zum Austausch der Ratifikationsurkunden; andererseits die Ausstattung des Vertragsinhalts mit Gesetzeskraft, seine Verbindlichkeitserklärung für Behörden und Bürger des eigenen Staates.“¹³⁵⁵. Das Bundesgericht hat sich später noch im Entscheid *Steenworden*, vom 17. Juli 1933¹³⁵⁶, auf diese dualistische Konstruktion gestützt. Diese Entscheide sind jedoch isoliert geblieben¹³⁵⁷. Das Bundesgericht hat seither wiederholt den Grundsatz der unmittelbaren Geltung bestätigt, aber ...

387. ... *bisweilen zweideutige Erwägungen* ...- ... des Bundesgerichts konnten den Eindruck erwecken, dass nur Self-executing-Verträge unmittelbare landesrechtliche Geltung erlangen. Das Bundesgericht scheint nämlich bisweilen die Fragen der landesrechtlichen Geltung und der Anwendung durcheinander zu bringen. Im Entscheid *Rossier*, vom 23. Mai 1962, findet sich erstmals eine solche zweideutige Formulierung: « *Lorsqu'il s'agit d'un traité conclu par la Confédération et qui crée des règles de droit, il devient obligatoire de plein droit pour les autorités et les citoyens, pourvu qu'il soit directement applicable.* »¹³⁵⁸ Im Entscheid *Frigerio*, vom 22. November 1968 erklärte das Bundesgericht¹³⁵⁹: „Ein von der Bundesversammlung genehmigter Staatsvertrag wird mit dem Austausch der Ratifikationsurkunden für die Vertragsstaaten verbindlich; er erlangt zusammen mit der völkerrechtlichen auch landesrechtliche Wirkung, sofern er entsprechende Rechtsregeln zugunsten oder zu Lasten der Bürger aufstellt.“. Oder, im Entscheid *Firmenich*, vom 29. Juni 1971¹³⁶⁰: „*A condition de créer des règles de droit directement applicables, les traités internationaux conclus par la Confédération sont en effet des sources de droit fédéral; point n'est besoin que leur texte soit repris par une loi ou un arrêté de portée générale (...).*“ Diese Formulierungen lassen an die amerikanische Praxis denken, die nicht zwischen der Geltung und der Anwendung der Verträge unterscheiden (n° 259).

¹³⁵⁵ BGE 49 I 188, S. 195-196. Das Bundesgericht führte dennoch an, dass die Lösung des Falles auch bei einer monistischen Betrachtungsweise, welche nicht zwischen landes- und völkerrechtlicher Bindung unterscheidet, die selbe wäre (S. 196-197). Und Gewohnheitsrecht liess es ohne Transformation gelten (S. 194).

¹³⁵⁶ BGE 59 II 331, S. 337-338, *Steenworden c. Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique*; s. zu diesem Entscheid n° 417

¹³⁵⁷ In einem nicht in der Amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheid *Helvetia*, vom 15. April 1945, stellte das Bundesgericht nur die beiden Theorien der Transformation und der Adoption einander gegenüber, ohne Stellung zu nehmen; vgl. SJIR 1947, S. 143-145; AUBERT, *L'autorité*, S. 275

¹³⁵⁸ BGE 88 I 86, S. 91, *Rossier c. Cour de justice de Genève*, vom 23. Mai 1962; ebenso BGE 98 Ib 385, S. 387, *Banque de crédit international c. Conseil d'Etat du canton de Genève*; für weitere Beispiele s. WILHELM, S. 84-85

¹³⁵⁹ BGE 94 I 669, S. 672, *Frigerio c. Eidg. Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement*

¹³⁶⁰ BGE 97 I 564, S. 572, *Firmenich et Cie c. Bureau fédéral de la propriété intellectuelle*

388. ... *aber schliesslich Klarheit?*- Im Entscheid „Omo“, vom 25. Januar 1979 ¹³⁶¹, unterschied das Bundesgericht dann säuberlich zwischen der unmittelbaren Geltung des Vertrags und der Anwendbarkeit seiner Bestimmungen: „*Ein von der Bundesversammlung genehmigter Staatsvertrag wird mit dem Austausch der Ratifikationsurkunden für die Schweiz verbindlich und zum Bestandteil des Landesrechts. Seine Normen können deshalb neben den Behörden auch Einzelpersonen verpflichten, wenn sie unmittelbar anwendbar, d.h. inhaltlich hinreichend bestimmt und klar sind, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides zu bilden.*“ Diese Rechtsprechung wurde in der Folge mehrmals unter Wiederholung dieser Formel bestätigt ¹³⁶². In anderen Entscheiden wurde der völkerrechtliche Vertrag ohne weitere Begründung einfach angewendet ¹³⁶³: Die unmittelbare Geltung scheint so selbstverständlich zu sein, dass es sich nicht lohnt, darum weiter Aufhebens zu machen.

389. *Geltung eines ohne vorgängige Genehmigung der Bundesversammlung ratifizierten Vertrages. Die Rechtsprechung.*- Der Bundesrat unterzeichnet die Verträge und ratifiziert sie. Er unterbreitet sie der Bundesversammlung zur Genehmigung (Art. 184 Abs. 2 BV). Ausgenommen sind die Verträge, für deren Abschluss auf Grund von Gesetz oder Vertrag der Bundesrat zuständig ist. (Art. 166 Abs. 2 BV). Die Genehmigung findet im Allgemeinen zwischen der Unterzeichnung und der Ratifikation statt. Mit der Ratifikation wird der Vertrag völkerrechtlich verbindlich (vgl. ausführlich *infra*, n° 457 u. 466). Was geschieht aber, wenn der Bundesrat einen genehmigungspflichtigen Vertrag ratifiziert, ohne die Zustimmung der Bundesversammlung erhalten zu haben? – Die Frage wird von Art. 46 WVÜ geregelt (Anfechtbarkeit völkerrechtlicher Verträge, wenn die Zustimmung unter offenkundiger Verletzung innerstaatlicher Rechtsvorschriften von grundlegender Bedeutung zu Stande kam; vgl. *supra*, n° 43):

Soweit ersichtlich hatte sich das Bundesgericht erstmals im Entscheid *V. c. Regierungsrat des Kantons St. Gallen*, vom 27. Oktober 1994 ¹³⁶⁴, mit einem Abkommen auseinanderzusetzen, das vom Bundesrat wahrscheinlich kompetenzwidrig abgeschlossen worden war. *V.* hatte gestützt auf ein bundesrätliches Abkommen mit der österreichischen Bundesregierung die Erteilung der Niederlassungsbewilligung beantragt. Das Bundesgericht entschied gestützt auf Art. 46 WVÜ, ein Staat könne sich

¹³⁶¹ BGE 105 II 49, S. 57-58, *Bosshart Partners Intertrading AG c. Sunlight AG* („Omo“)

¹³⁶² s. BGE 106 Ib 182, S. 187, *Henggeler c. Schweiz. Eidgenossenschaft*, vom 9. Februar 1980; BGE 112 Ib 183, S. 184, *Maison G. Sprl. c. Direction générale des douanes*, vom 2. September 1986; BGE 119 V 171, S. 177, *X. c. Caisse Cantonale valaisanne de compensation*, vom 25. August 1993

¹³⁶³ s. etwa BGE 119 IV 65, *M. c. Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich*, vom 12. Februar 1993

¹³⁶⁴ BGE 120 Ib 360, S. 365-366 E. 2c, bestätigt in BGE 124 II 293, S. 307-308 E. 4b, *Politische Gemeinde Glattfelden et al. c. Kanton Zürich*. – Vgl. SCHINDLER, Art. 85 Ziff. 5, Rz. 50, und THÜRER, *Rule of Law*, S. 469 Anm. 38; AUBERT, *L'autorité*, S. 271-273, u. *Traité*, Nr. 1322.

nicht darauf berufen, seine Zustimmung, durch einen Vertrag gebunden zu sein, sei wegen Verletzung landesrechtlicher Vorschriften ungültig, es sei denn, die Verletzung sei offenkundig gewesen und habe eine innerstaatliche Rechtsvorschrift von grundlegender Bedeutung betroffen. Diese Ausnahme war im vorliegenden Fall nicht gegeben. Die Kompetenz des Bundesrats zum Vertragsabschluss war zwar zweifelhaft, aber doch nicht offenkundig nicht vorhanden. Das Bundesgericht entschied deshalb, dass die Schweiz durch den vom Bundesrat abgeschlossenen Vertrag gebunden war und dieser mit seiner völkerrechtlichen auch die landesrechtliche Geltung erlangt habe. Damit sei er von allen Staatsorganen einzuhalten und anzuwenden.

390. *Fortsetzung. Die Lehrmeinungen.*- In der älteren Lehre war die Meinung vertreten worden, ein kompetenzwidrig abgeschlossener völkerrechtlicher Vertrag sei nichtig¹³⁶⁵. Und neulich ist vorgeschlagen worden, einem kompetenzwidrig abgeschlossenen Vertrag sei generell die direkte Anwendbarkeit abzusprechen: Die Kompetenzüberschreitung des Bundesrates würde sanktioniert und gleichzeitig geheilt, indem der Vertrag durch ein Gesetz oder einen referendumspflichtigen Beschluss der Bundesversammlung umgesetzt werden müsste¹³⁶⁶. Diese Lösungen haben den Vorteil, die Rechte des Parlaments und gegebenenfalls von Volk und Ständen wirksam zu schützen und damit auch demokratisch nicht legitimierte Eingriffe in die Rechte von Einzelnen zu verhindern. Der Nachteil ist jedoch, dass sie für die Schweiz kreditschädigend sind. Hinzu kommt, dass die parlamentarische Zustimmung oftmals nur eine Formalität ist. Ausserdem ist die Unterscheidung zwischen genehmigungspflichtigen und genehmigungsfreien Verträgen nicht immer sehr klar. Die Anwendbarkeit des Vertrages hinge so oft von delikaten Vorfragen ab, was sowohl der internationalen wie auch der innerstaatlichen Rechtssicherheit schaden würde¹³⁶⁷. Aus diesen Gründen erscheint die heute herrschende Lehrmeinung als angemessen, die auch kompetenzwidrige Verträge für gültig und damit unter den vom Bundesgericht entwickelten Voraussetzungen für direkt anwendbar hält, unter Vorbehalt einzig der in Art. 46 WVÜ vereinbarten Hypothese, die den betroffenen Interessen Rechnung

¹³⁶⁵ s. Hinw. bei AUBERT, *L'autorité*, S. 271-272, u. *Traité*, *ibid.*; in neuerer Zeit vgl. SCHINDLER, *Art. 10*, Rz. 12 (der von einem Kanton abgeschlossene Vertrag kann vor Bundesgericht nicht angerufen werden, wenn er vom Bundesrat nicht genehmigt wird; im Verhältnis zum Vertragspartner gilt Art. 46 WVÜ; vgl. n° 452); WILDHABER, *Parliamentary Participation*, S. 135

¹³⁶⁶ COTTIER/WÜGER, S. 263; COTTIER/WÜGER/ZELLWEGER, *Synthesebericht*, S. 13; COTTIER/HERTIG, S. 28-29; COTTIER, *Synthesen*, S. 25

¹³⁶⁷ AUBERT, *L'autorité*, S. 272, u. *Traité*, Nr. 1322; AUBERT behandelt die Frage zwar im Hinblick auf den Entzug der innerstaatlichen Geltung des Vertrags, was von einem Teil der Lehre als Sanktion verlangt wurde, doch ist es ja völkerrechtlich einerlei, ob eine vertragliche Verpflichtung nicht eingehalten wird, weil ihr die landesrechtliche Geltung oder die direkte Anwendbarkeit abgesprochen wird.

trägt¹³⁶⁸. Eine offenkundige, also objektiv erkennbare Verletzung einer innerstaatlichen Rechtsvorschrift von grundlegender Bedeutung im Sinne von Art. 46 WVÜ ist für AUBERT nur denkbar, wenn die Bundesversammlung oder das Volk die Genehmigung ausdrücklich verweigern würden, da die Fälle, wo eine parlamentarische Genehmigung bzw. eine Referendums Klausel notwendig sind, nicht so eindeutig liegen, dass ihr Fehlen einen Anfechtungsgrund darstellen könnte¹³⁶⁹. Tatsächlich ist es in der Praxis wohl ausgeschlossen, dass der Bundesrat ein Beitritts gesuch zur NATO oder der EU einreichen könnte, ohne die Bundesversammlung und Volk und Stände zu begrüßen. Und natürlich wären diese Beitritte nichtig, so offenkundig wäre in diesen Fällen die Verletzung des grundlegenden Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV. Auch die Nichtunterstellung unter das fakultative Referendum von völkerrechtlichen Verträgen, die unbefristet und unkündbar sind oder den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsehen (Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 1 u. 2; *infra*, n° 475), würde einen Nichtigkeitsgrund des Vertrags (nicht aber der darin unter Umständen kodifizierten gewohnheitsrechtlichen oder sogar zwingenden Normen) nach Art. 46 WVÜ darstellen. Weniger eindeutig ist dagegen der Fall der multilateralen Rechtsvereinheitlichung (Ziff. 3) (s. *infra*, n° 477).

Vgl. zum weiteren Vorgehen bei einer fehlenden oder fehlerhaften Genehmigung bei Verträgen des Bundesrates n° 466, bei Verträgen der Kantone n° 452.

Vgl. auch n° 423 (Nichtanwendung von Verträgen, wenn dadurch zwingendes Völkerrecht verletzt würde).

391. *Die Praxis von Bundesrat und Verwaltung: Beständiger Monismus.*– Die dualistischen Strömungen haben Bundesrat und Bundesverwaltung nie beeinflusst; ein dualistisches System wäre ja auch gar nicht in ihrem Interesse. So erklärte der Delegierte des Bundesrates für Sozialgesetzgebung nach der ersten internationalen Arbeitskonferenz im Juli 1920, also kurz nach Erscheinen der Dissertation KUNDERTS (s. n° 386), zur Wirkung eines im Rahmen der Internationalen Arbeitsorganisation abgeschlossenen Vertrags: „*Wie ihm innerstaatliche Wirkung zukomme, darüber gehen die Auffassungen auseinander. Nach der einen wird der Staatsvertrag mit der Ratifizierung zum objektiven Landesrecht, während es nach der andern hiezu eines besonderen Befehls der Staatsgewalt bedarf. In der Schweiz hat*

¹³⁶⁸ AUBERT, *L'autorité*, S. 272-273, u. *Traité*, Nr. 1322; MONNIER, S. 219-220; SCHINDLER, *Art.* 85 Ziff. 5, Rz. 50; HOLZER, S. 126; HANGARTNER, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 1015; ZELLWEGER, S. 352 Anm. 422; vgl. auch WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 372. Anderer Meinung WÜGER, S. 228, für den die Gerichte und rechtsanwendenden Behörden eine Verletzung der Vertragsschlusskompetenzen nicht sanktionieren dürfen, da für sie nach Art. 191 BV Völkerrecht massgebend sei. Aus Art. 191 BV lässt sich jedoch kein Vorrang des Völkerrechts vor dem Verfassungs- und Gesetzesrecht, das die Vertragsschlusskompetenzen regelt, ableiten; vgl. *infra*, n° 404.

¹³⁶⁹ AUBERT, *Traité*, *ad* Nr. 1322; vgl. MONNIER, S. 220-221 (zusätzlich für die Nichtigkeit auch des referendumpflichtigen Vertrags); WILHELM, S. 45 (zusätzlich für die Nichtigkeit des Vertrags, der ausdrücklich das innerstaatliche Recht vorbehält); beide zusätzlichen Hypothesen waren früher auch für AUBERT ein Nichtigkeitsgrund (s. IDEM, *Traité*, Nr. 1322).

man vom Erlass eines besonderen Anwendungsgesetzes immer Umgang genommen. Man betrachtete den völkerrechtlich verbindlichen Staatsvertrag mit der Publikation ohne weiteres als landesrechtlich verbindlich.“¹³⁷⁰ Auch der Entscheid *Lepeschkin* (s. n° 386) beirrte den Bundesrat nicht in seiner Auffassung, dass die völkerrechtlichen Verträge ohne weiteres landesrechtliche Geltung geniessen¹³⁷¹. Und als der Dualismus nach dem Entscheid *Steenworden* (n° 386) endgültig aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts verschwunden war, konnte das Bundesamt für Justiz in einem Gutachten von 1956 auf die „in der Schweiz überwundene sogenannte dualistische Theorie“ hinweisen¹³⁷². Seither haben der Bundesrat und die Bundesverwaltung wiederholt diese Auffassung bestätigt: „Nach schweizerischer Rechtsauffassung werden Staatsverträge mit ihrer Ratifikation und ordnungsgemässen Publikation unmittelbar Bestandteil des Landesrechts, bedürfen also keiner vorgängigen Transformation in Landesrecht (...).“¹³⁷³ „Einer Transformation von Verträgen in ein besonderes Bundesgesetz – im Sinne der dualistischen Doktrin – bedarf es nicht.“¹³⁷⁴

In Bezug auf die Geltung eines kompetenzwidrig abgeschlossenen Abkommens hat die Direktion für Völkerrecht in holzschnittartiger Bezugnahme auf das differenziertere Bundesgerichtsurteil i.S. *V.* (n° 389) und Art. 27 WVÜ die Meinung vertreten, dass „un traité international approuvé par le Conseil fédéral lie la Suisse et ce même si notre gouvernement l’a conclu ultra vires“¹³⁷⁵.

b) Anwendung

392. *Die direkte Anwendbarkeit ist eine Frage der Gewaltenteilung.*– In einer monistischen Rechtsordnung wie der schweizerischen sind die in Kraft stehenden völkerrechtlichen Verträge für alle Staatsorgane verbindlich: Der völkerrechtliche Rechtssatz hat in den monistischen Rechtsordnungen eine „*vocation multidirectionnelle*“¹³⁷⁶. Nun könnten die Richterinnen und Richter im Prinzip jeden Rechtssatz anwenden, selbst wenn dieser sehr unbestimmt ist: sie hätten dann einfach einen

¹³⁷⁰ RSDIP I Nr. 2.14, S. 257

¹³⁷¹ Botschaft betreffend die Genehmigung des Abkommens über die Bank für Internationalen Zahlungsausgleich, BBl 1930 I 84

¹³⁷² Gutachten der Justizabteilung, vom 28. März 1956, VPB 1956 Nr. 1. S. 11

¹³⁷³ Gutachten des Justiz- und Polizeidepartements, vom 20. März 1964, VPB 32 (1964-1965) Nr. 5, S. 10; ähnlich die gemeinsame Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht, S. 403; s. für weitere Hinw. WILHELM, S. 87-88

¹³⁷⁴ Bundesrat SPÜHLER in seiner Antwort auf die Interpellation KORNER, Amt. Bull. NR 1969 225; SJIR 26 (1969/1970), S. 93; OETER, S. 582; vgl. n° 405

¹³⁷⁵ Gutachten der Direktion für Völkerrecht vom 18. März 1999, VPB 64 (2000) Nr. 22, S. 276

¹³⁷⁶ so JACOT-GUILLARMOD, *L'application directe*, S. 13; Gemeinsame Stellungnahme, S. 403; WILHELM, S. 125; COTTIER/PANNATIER, SJK 385, S. 3

grossen Gestaltungsspielraum¹³⁷⁷. Die Frage ist jedoch, ob das wünschbar ist. Die Unterscheidung zwischen sogenannten nicht direkt anwendbaren und direkt anwendbaren Verträgen ist deshalb wie erwähnt eine Frage der Kompetenzteilung zwischen der Legislative und der Judikative (vgl. *supra*, n° 68)¹³⁷⁸: Im ersten Fall soll einzig die Legislative verpflichtet sein, zur Umsetzung des Vertrags ein Gesetz zu erlassen, welches das Gericht dann anzuwenden hat; im zweiten Fall soll das Gericht den Vertrag direkt anwenden dürfen. Wo aber ist die Grenze zu ziehen?

393. *Die formelle Bedingung für die direkte Anwendbarkeit: Publikation, wenn Einzelnen Pflichten entstehen.*- Völkerrechtliche Verträge verpflichten einzelne Personen grundsätzlich nur, wenn sie in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts publiziert worden sind. Das ergibt sich heute aus Art. 10 des Publikationsgesetzes, doch handelt es sich dabei um einen allgemein geltenden Verfassungsgrundsatz, welcher der Rechtssicherheit dient¹³⁷⁹.

Stärker als die Rechtssicherheit wurde dagegen bei der Einführung der Bereinigten Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen im Jahre 1948 die Vermeidung von Schwierigkeiten mit den Vertragspartnern gewichtet: die völkerrechtlichen Verträge wurden vom „*effet négatif*“ der BS ausgenommen, im Gegensatz zu den landesrechtlichen Erlassen vom 12. September 1848 bis zum 31. Dezember 1947: Diese sind aufgehoben, wenn ihre Publikation in der BS vergessen ging¹³⁸⁰. Ebenso wurde 1966 bei der Herausgabe der neuen Bereinigten Sammlung, der SR, entschieden¹³⁸¹. Bei Erlass des Publikationsgesetzes vom 21. März 1986 wurde dagegen darauf verzichtet, die SR mit negativer Rechtskraft auszustatten, weil die während des

¹³⁷⁷ vgl. HOLZER, S. 115

¹³⁷⁸ AUBERT, *Observations*, S. 30 Anm. 73; vgl. COTTIER/WÜGER/ZELLWEGER, *Synthesebericht*, S. 10; WÜGER, S. 145-146

¹³⁷⁹ BGE 120 Ia 1, S. 8 E. 4b, *Verband Studierender an der Universität Zürich et al. c. Regierungsrat des Kantons Zürich*, vom 11. Februar 1994, m. w. Hinw.; AUBERT, *L'autorité*, S. 276, u. *Traité*, Nr. 1602-1604; SCHINDLER, *Art. 85 Ziff. 5*, Rz. 57; JACOT-GUILLARMOD, *L'application directe*, S. 13; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1915. – Vorbehalten bleiben die Veröffentlichung in anderen Organen unter Publikation eines Verweises in der AS auf die Fundstelle oder Bezugsquelle wegen des besonderen Charakters des Erlasses, so wenn er nur einen kleinen Kreis von Personen betrifft (Art. 4 Abs. 1), ausserdem die Geheimhaltung im Interesse der Gesamtverteidigung (Art. 5) sowie der Rückgriff auf andere Formen der Bekanntmachung (beispielsweise Radio und Fernsehen) unter ausserordentlichen Verhältnissen (Art. 7). Wird ein Erlass auf anderem Wege als durch die Veröffentlichung in der AS bekannt gemacht, bleibt den Betroffenen der Nachweis offen, dass sie den Erlass nicht kannten und ihn trotz pflichtgemässer Sorgfalt nicht kennen konnten (Art. 10 Abs. 2).

¹³⁸⁰ Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Rechtskraft der Bereinigten Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen über die Jahre 1848-1947 und über die neue Reihe der Sammlung, vom 12. März 1948, AS 1949 1523, S. 1650

¹³⁸¹ Art. 2 des Bundesgesetzes über die Herausgabe einer neuen Bereinigten Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen, vom 6. Oktober 1966, AS 1967 17. – S. zum Ganzen PHILIPPE BOIS, *L'effet négatif des Recueils systématiques. Le cas particulier du Moniteur suisse de police*, in: Jean-François Aubert/Philippe Bois (Hrsg.), *Mélanges André Grisel*, Neuchâtel 1983, S. 293-294.

2. Weltkriegs angerichtete notrechtliche Unordnung mit der Herausgabe der BS bereinigt worden war und seither mit der SR die Geltung der Erlasse laufend überprüft wurde. Die SR ist jetzt „nur“ noch eine Dienstleistung an die Rechtsuchenden ¹³⁸². Allein der in der AS publizierte Text ist massgebend.

394. *Fortsetzung. Keine Publikationsvoraussetzung bei berechtigenden Bestimmungen.*- Die Publikation ist dagegen keine Voraussetzung, damit eine Einzelne berechtigende Norm justiziabel ist. Das Bundesgericht hatte das in Bezug auf die Verordnungen des Bundesrates entschieden ¹³⁸³, und heute ergibt sich das *e contrario* aus Art. 10 des Publikationsgesetzes.

Das Bundesgericht geht so weit, dass es auch keine Publikation fordert, wenn ein Vertrag, der Individuen berechtigt, durch *desuetudo* abgeändert wird (s. dazu n° 18), so dass sie diese Rechte wieder verlieren: Im Entscheid *M. c. Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich*, vom 12. Februar 1993 ¹³⁸⁴, hat das Bundesgericht dem französischen Computerfachmann M., der bloss über eine Aufenthaltsbewilligung verfügte und ohne Arbeitsbewilligung in Zürich erwerbstätig gewesen war, das Recht abgesprochen, sich auf Art. 1 des Niederlassungsvertrags zwischen Frankreich und der Schweiz, vom 23. Februar 1882 ¹³⁸⁵, zu berufen. Dieser Vertrag hätte an sich den freien Personenverkehr und die Gleichbehandlung mit den Einheimischen garantiert. Er war aber – so das Bundesgericht – durch das konkludente Handeln der Vertragsparteien dahingehend abgeändert worden, dass die Erwerbstätigkeit der polizeilichen Bewilligungspflicht unterstellt ist. Tatsächlich besteht Einigkeit darin, dass die Gleichbehandlungsklauseln hinsichtlich freien Aufenthalts und freier Niederlassung seit dem 1. Weltkrieg durch *desuetudo* hinfällig geworden sind, da praktisch sämtliche Staaten zu jener Zeit fremdenpolizeiliche Beschränkungen für ausländische Staatsangehörige eingeführt hatten ¹³⁸⁶.

395. *Die materielle Bedingung: Self-executing-Charakter.*- In materieller Hinsicht müssen die Verträge Bestimmungen enthalten, die *self-executing* sind, damit sie direkt auf Einzelne anwendbar sind ¹³⁸⁷. Bei der Bestimmung dieses direktanwendbaren Charakters fehlt es an einer kohärenten bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Während

¹³⁸² Art. 11; s. die Botschaft zum Publikationsgesetz, vom 29. Juni 1983, BBl 1983 III 443-444

¹³⁸³ BGE 100 Ib 341, S. 343, *Käsereigenossenschaft Hinterforst und Kronberg c. Eidg. Volkswirtschaftsdepartement*, vom 26. September 1974; AUBERT, *Traité*, Nr. 1603

¹³⁸⁴ BGE 119 IV 65, S. 70 E. 1c

¹³⁸⁵ SR 0.142.1113.491

¹³⁸⁶ vgl. BGE 119 IV 65, S. 67-68 E. 1a-b, m. w. Hinw.; in den übrigen Bereichen, insbesondere hinsichtlich des Grundstückserwerbs, sind sie hingegen noch anwendbar; vgl. die Sud Provizel-Affäre, n° 433-434. Vgl. n° 461

¹³⁸⁷ s. etwa MÜLLER, *Völkerrecht*, S. 227-228, und HALLER, *Art. 113*, Rz. 110

gut neun Jahrzehnten hat das Bundesgericht ohne weiteres zahlreiche völkerrechtliche Verträge direkt angewandt, ohne deren Justiziabilität weiter nachzugehen: „*Comme M. Jourdain de Molière, qui faisait de la prose sans le savoir, le Tribunal fédéral a fait de l'application directe sans le dire*“, bemerkte JACOT-GUILLARMOD¹³⁸⁸. Das Bundesgericht wandte in internationalen Abkommen enthaltene Regeln ohne weiteres in den verschiedensten Verfahren an, wenn ihm diese relevant erschienen¹³⁸⁹. Die direkte Anwendbarkeit wurde sozusagen vermutet.

Erst im Frühling 1962 hielt sich das Bundesgericht erstmals bei dieser Frage auf, als sich der Genfer Bootsverleiher *Rossier* über eine Busse von 20 Franken beschwerte, die er erhalten hatte, weil er Boote an Personen ohne den von der interkantonalen Schifffahrtspolizeiverordnung vorgeschriebenen Führerausweis vermietet hatte. *Rossier* machte geltend, das Reglement widerspreche dem Vertrag zwischen der Schweiz und Frankreich über die Genferseeschifffahrt aus dem Jahre 1902¹³⁹⁰. Das Bundesgericht führte aus, ein Vertrag verpflichte Behörden und Bürger, „*pourvu qu'il soit directement applicable*.“¹³⁹¹ Doch auch der Vertrag vermochte *Rossier* nicht vor dem Strafgebot zu bewahren, da er den Vertragsparteien strengere Vorschriften für die im eigenen Land immatrikulierten Boote nicht verbot.

396. *Fortsetzung. Die Gewaltenteilung als Kriterium. Der Entscheid Banque de crédit international von 1972.* - Im Entscheid *Banque de crédit international c. Conseil d'Etat du canton de Genève*, vom 13. Oktober 1972¹³⁹², erläuterte das Bundesgericht dann die Voraussetzungen für die direkte Anwendbarkeit. Worum ging es? Der britische Staatsbürger Hausmann arbeitete als Praktikant bei der *Banque de crédit international* in Genf. Seine Aufenthaltsbewilligung war bis Herbst 1971 gültig. Im Herbst 1971 beantragte die Bank die Bewilligung, Hausmann als „Branch-Supervisor“ anzustellen. Der Genfer Staatsrat wies das Gesuch aber ab, worauf die Bank Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhob. Sie berief sich auf Art. 16 Ziff. 1 des Übereinkommens vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandels-Assoziation (EFTA)¹³⁹³, der lautet:

Die Mitgliedstaaten anerkennen, dass Beschränkungen hinsichtlich der Niederlassung und des Betriebes von wirtschaftlichen Unternehmungen auf ihren Gebieten durch Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten, wodurch diesen Staatsangehörigen eine weniger günstige Behandlung zuteil wird als ihren eigenen, nicht derart angewandt werden

¹³⁸⁸ JACOT-GUILLARMOD, *L'applicabilité directe*, S. 130 u. 144

¹³⁸⁹ s. die Hinweise bei JACOT-GUILLARMOD, *ibid.*, S. 141-144; WILHELM, S. 136

¹³⁹⁰ BGE 88 I 86, *Rossier c. Cour de justice de Genève*, vom 23. Mai 1962

¹³⁹¹ *ibid.*, S. 91; vgl. n° 387

¹³⁹² BGE 98 Ib 385; vgl. n° 387

¹³⁹³ SR 0.632.31

sollten, dass die vom Abbau oder Fehlen der Zölle und mengenmässigen Beschränkungen im Handel zwischen den Mitgliedstaaten erwarteten Vorteile vereitelt werden.

Bei Aufenthaltsbewilligungen ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nur zulässig, wenn das Bundesrecht einen Anspruch auf deren Erteilung einräumt (Art. 100 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 OG). Ansonsten ist der Bundesrat zuständig (Art. 73 Abs. 1 Bst. b u. Abs. 2 VwVG). Da das Bundesrecht den ausländischen Staatsangehörigen keinen Anspruch einräumt, prüfte das Bundesgericht, ob das EFTA-Übereinkommen einen solchen gewähre. Bei dieser Gelegenheit feilte es seine Lehre der direkten Anwendbarkeit aus: « *Les traités internationaux approuvés par l'Assemblée fédérale s'incorporent au droit fédéral et, lorsqu'ils créent des règles de droit, sont obligatoires pour les autorités (cf., en ce qui concerne le Tribunal fédéral, les Art. 113 al. 3 et 114 al. 3 Cst.) et les citoyens, pourvu qu'ils soient directement applicables (...)* », sagte es, und fuhr fort: « *Ainsi, un particulier pourra invoquer un traité devant l'administration et les tribunaux, si celui-ci pose des règles suffisamment précises pour s'appliquer comme telles à un cas d'espèce et constituer le fondement d'une décision concrète (...). Tel n'est pas le cas d'une disposition conventionnelle qui énonce un programme ou fixe les lignes directrices dont devra s'inspirer la législation des Etats contractants et qui s'adresse ainsi non aux autorités administratives et judiciaires, mais bien au législateur national (...).* »¹³⁹⁴ Das Bundesgericht hat seither an dieser Formel festgehalten¹³⁹⁵, die das Verdienst hat, darauf hinzuweisen, dass es bei der Anwendbarkeit um die Kompetenzaufteilung zwischen Gericht und Parlament geht.

Das Bundesgericht kam in der Folge zum Schluss, Art. 16 Ziff. 1 des EFTA-Übereinkommens sei direkt anwendbar, „*malgré la forme insolite que lui donne l'emploi du mode conditionnel*“¹³⁹⁶, da er sich nicht darauf beschränke, Leitlinien festzusetzen. Er verbiete vielmehr unter gewissen Bedingungen jedem Mitgliedstaat die Diskriminierung von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten. Diesbezügliche Zweifel zerstreue ein Communiqué, das nach einer Ministerialversammlung in Bergen 1966 veröffentlicht worden war. Zudem erscheine der Artikel als « *suffisamment précis pour être directement applicable comme tel par les autorités administratives et judiciaires, sans nouvelle intervention du législateur national ou international (...)* Le par. 4 du même article 16 prévoit, il est vrai, la possibilité d'arrêter des dispositions additionnelles pour donner effet aux principes énoncés au paragraphe 1, mais il n'exclut pas que ce procédé se révèle superflu; quant au communiqué de Bergen, il

¹³⁹⁴ BGE 98 Ib 385, S. 387

¹³⁹⁵ s. aus der jüngeren Rechtsprechung BGE 127 I 60, S. 71-72 E. 6, A. c. *Einwohnergemeinde Muri bei Bern*, vom 5. Juni 2001; BGE 126 I 240, S. 242 E. 2b, A. und B. c. *Regierungsrat des Kantons Zürich („Technikum Winterthur“)*, vom 22. September 2000, jeweils m. w. Hinw.; s. a. die Hinweise bei WILHELM, S. 137

¹³⁹⁶ BGE 98 Ib 385, S. 388

n'impose aux Etats de prendre des mesures législatives ou réglementaires pour assurer l'application de l'Art. 16 que si cela se révèle nécessaire. L'application directe du principe de non-discrimination par les autorités nationales n'apparaît donc nullement contraire à l'esprit de la Convention. Elle s'impose avec d'autant plus de force que la Convention n'institue pas de juridiction commune accessible aux particuliers et que ceux-ci ne peuvent pas non plus saisir directement le Conseil (Art. 31 de la Convention). »¹³⁹⁷ Das Bundesgericht zog also auch den „*effet utile*“ der direkten Anwendbarkeit für die Durchsetzung des Übereinkommens mit in Betracht (s. aber sogleich n° 397 *in fine*). Es berücksichtigte ausserdem, dass der Bundesrat und die eidgenössischen Verwaltungsbehörden sich für die direkte Anwendbarkeit ausgesprochen hatten. So kam es zum Schluss, das Diskriminierungsverbot des Übereinkommens könne dem ausländischen Staatsangehörigen ein Recht auf eine Aufenthaltsbewilligung verleihen, und trat auf den Rekurs ein¹³⁹⁸.

397. *Fortsetzung. Vorgehen des Bundesgerichts: Erst Gesamtbeurteilung, ...*- Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Bestimmung der direkten Anwendbarkeit von Vertragsbestimmungen erwies sich aber in der Folge als weder sehr klar noch aussergewöhnlich kohärent. Wenn man sie dennoch systematisch darstellen möchte, so könnte man mit WILHELM sagen, dass das Bundesgericht seit dem Pionierurteil *Banque de crédit international* bei der Beurteilung der Anwendbarkeit von Vertragsbestimmungen oft in zwei Phasen vorgeht¹³⁹⁹: Zunächst beurteilt es, ob der Vertrag gesamthaft genommen direkt anwendbar ist. Es stützt sich dabei auf die Absicht der Vertragsparteien und den Gegenstand und Zweck des Vertrags, um zu beurteilen, ob dieser für Einzelne Rechte und Pflichten begründet und damit justiziabel ist, oder ob er nur Richtlinien für ein gemeinsames Vorgehen der Vertragsstaaten aufstellen will, so dass es (primär) Sache der gesetzgebenden Gewalt ist, den Vertrag umzusetzen¹⁴⁰⁰. Hierzu berücksichtigt es mit Vorliebe die Entstehungsgeschichte¹⁴⁰¹, die Meinung des

¹³⁹⁷ *ibid.*

¹³⁹⁸ *ibid.*, S. 389. Es wies ihn jedoch ab, da Art. 16 nicht den freien Personenverkehr einführen, sondern nur die Handelshemmnisse des Warenverkehrs beseitigen will, so dass diese Bestimmung sich nur auf Unternehmen, die Waren herstellen oder mit ihnen handeln, aber nicht auf Banken anwendet.

¹³⁹⁹ WILHELM, S. 138-141, m. w. Hinw.

¹⁴⁰⁰ BGE 126 I 240, S. 242-243 E. 2c, *A. und B. c. Regierungsrat des Kantons Zürich („Technikum Winterthur“)*, vom 22. September 2000; BGE 124 IV 23, S. 31-33 E. 4b u. c, *B. c. Eidgenössische Zollverwaltung und Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen*, vom 6. Januar 1998; BGE 104 IV 175, S. 179, *Adams c. Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt*, vom 3. Mai 1978; BGE 105 II 49, S. 59, *Bosshart Partners Intertrading AG c. Sunlight AG („Omo“)*, vom 25. Januar 1979; PATRY, S. 528-529

¹⁴⁰¹ BGE 104 IV 175, S. 179-180, *Adams c. Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt*, vom 3. Mai 1978; BGE 105 II 49, S. 59, *Bosshart Partners Intertrading AG c. Sunlight AG („Omo“)*, vom 25. Januar 1979

Bundesrates¹⁴⁰², eines Departements¹⁴⁰³ oder Bundesamtes¹⁴⁰⁴ und der Räte¹⁴⁰⁵, oder Vorschriften über die innerstaatliche Durchsetzung im Vertrag selbst¹⁴⁰⁶. Wie es die einzelnen Elemente gewichtet, ist kaum vorhersehbar¹⁴⁰⁷; ein besonderes Gewicht scheint die Absicht der Parteien zu haben¹⁴⁰⁸ (s. *infra*, n° 399). Im Entscheid „Omo“ schloss das Bundesgericht daraus, dass das Freihandelsabkommen zwischen der Schweiz und der EWG¹⁴⁰⁹ nicht die Gründung einer gerichtlichen Instanz vorsieht, an die Einzelne gelangen könnten, dass das Abkommen sich nur an das Parlament und die Verwaltung richte und somit nicht direkt anwendbar sei¹⁴¹⁰ – während dies im Entscheid *Banque de crédit international* genau ein Argument für die direkte Anwendbarkeit war (n° 321 *in fine*). Trotz heftiger Kritik hat indes das Bundesgericht diese Rechtsprechung wiederholt bestätigt¹⁴¹¹.

398. ... dann Beurteilung der betroffenen Bestimmung, ...- Schliesst die Gesamtbeurteilung eine direkte Anwendbarkeit nicht aus, untersucht das Bundesgericht die angerufene Vertragsklausel. Ist sie hinreichend bestimmt und klar, um Grundlage eines Gerichtsentscheids bilden zu können? Dies wird verneint bei Bestimmungen, bei

¹⁴⁰² BGE 126 I 240, S. 243 E. 2c, *A. und B. c. Regierungsrat des Kantons Zürich („Technikum Winterthur“)*, vom 22. September 2000; BGE 124 III 90, S. 91 E. 3a, *L.X. c. M.F.*, vom 22. Dezember 1997; BGE 98 Ib 385, S. 388-389 E. 2b, *Banque de crédit international c. Conseil d'Etat du canton de Genève*, vom 13. Oktober 1972

¹⁴⁰³ BGE 104 IV 175, S. 179-180, *Adams c. Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt*, vom 3. Mai 1978

¹⁴⁰⁴ BGE 111 V 201, S. 204-205, *Caisse de compensation du canton du Jura c. Courtet*, vom 23. Oktober 1985; vgl. BUCHS, S. 90-91

¹⁴⁰⁵ BGE 126 I 240, S. 243 E. 2c, *A. und B. c. Regierungsrat des Kantons Zürich („Technikum Winterthur“)*, vom 22. September 2000; BGE 111 V 201, S. 204-205, *Caisse de compensation du canton du Jura c. Courtet*, vom 23. Oktober 1985, und BGE 119 V 171, S. 178-179, *X. c. Caisse cantonale valaisanne de compensation*, vom 25. August 1993 (vgl. dazu *infra*, n° 421)

¹⁴⁰⁶ 126 I 240, S. 246 E. 2g, *A. und B. c. Regierungsrat des Kantons Zürich („Technikum Winterthur“)*, vom 22. September 2000; BGE 103 Ia 517, S. 524, *Loup c. Conseil d'Etat du canton de Neuchâtel*, vom 12. Oktober 1977; vgl. HOLZER, S. 72-77; WÜGER, S. 110-111; WÜGER, S. 120-121

¹⁴⁰⁷ vgl. JACOT-GUILLARMOD, *L'applicabilité directe*, S. 140

¹⁴⁰⁸ so der damalige Vizepräsident des Bundesgerichts PATRY in seinem Aufsatz von 1989, S. 528-529; ebenso HANGARTNER, *Völkerrecht*, S. 656; vgl. WÜGER, S. 122-127

¹⁴⁰⁹ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, vom 22. Juli 1972 (SR 0.632.401)

¹⁴¹⁰ BGE 105 II 49, S. 59, *Bosshart Partners Intertrading AG c. Sunlight AG („Omo“)*, vom 25. Januar 1979

¹⁴¹¹ BGE 112 Ib 183, S. 185, *Maison G. Sprl c. Direction générale des douanes*, vom 2. September 1986; BGE 118 Ib 367, S. 377-378, *Association pour le recyclage du PVC et Communauté des intérêts des producteurs d'eaux minérales françaises c. Conseil d'Etat du Canton de Fribourg*, vom 7. Juli 1992; BGE 120 Ia 1, S. 12, *Verband Studierender an der Universität Zürich et al. c. Regierungsrat des Kantons Zürich*, vom 11. Februar 1994; BGE 126 I 240, S. 246-247 E. 2g, *A. u. B. c. Regierungsrat des Kantons Zürich („Technikum Winterthur“)*; vgl. BUCHS, S. 106; WILHELM, S. 143, m. Hinw.; THÜRER, *Verfassungsstaat*, S. 287-288, m. w. Hinw.; COTTIER/PANNATIER, SJK 385, S. 6; vgl. PATRY, S. 528-529; WÜGER, S. 118-119

denen die Vertragsstaaten über einen grossen Ermessensspielraum verfügen: Einerseits bei Programmartikeln und Normen, die eine Materie nur in Umrissen regeln oder blosser Leitgedanken enthalten, „*sich also nicht an die Verwaltungs- und Justizbehörden, sondern an den Gesetzgeber richten*“¹⁴¹²; andererseits dann, wenn die Vertragsstaaten über einen grossen Ermessensspielraum verfügen, um von den Vertragsbestimmungen abzuweichen (z.B. Abweichung „*pour des raisons impérieuses d'intérêt national*“, Vorbehalt seitens der Schweiz des „*caractère particulier de sa situation*“) ¹⁴¹³. Wenn die Ausnahme dagegen so genau formuliert ist, dass die rechtsanwendenden Behörden über keinen Ermessensspielraum verfügen, ist die Bestimmung direkt anwendbar ¹⁴¹⁴. Ein zweites Argument des Bundesgerichts zur Verneinung der Justiziabilität besteht darin, dass durch die direkte Anwendung der Vertragsnorm ein wichtiger Grundsatz des schweizerischen Landesrechts verletzt würde. Hierzu zählte das Bundesgericht das Willkürverbot und die Rechtsgleichheit ¹⁴¹⁵, sowie den sozialversicherungsrechtlichen Grundsatz, dass eine IV-Rente bei nicht vorsätzlicher Grobfahrlässigkeit gekürzt werden kann ¹⁴¹⁶. Und schliesslich verneint das Bundesgericht die Justiziabilität auch, wenn sich die Vertragsparteien um die Erreichung eines Ziels zu „*bemühen*“ erklären ¹⁴¹⁷ oder sich nach den Normen „*zu richten*“ verpflichten ¹⁴¹⁸.

399. ... *aber viele Unklarheiten. Zwei Beispiele.*- Vielfach wendet das Bundesgericht völkerrechtliche Verträge indes ohne weitere Abklärungen direkt an ¹⁴¹⁹. Dies gilt im Bereich der Rechtshilfe in Strafsachen ¹⁴²⁰, für Verträge im Bereich der

¹⁴¹² so zuletzt BGE 126 I 240, S. 242 E. 2b, *A. und B. c. Regierungsrat des Kantons Zürich* („*Technikum Winterthur*“), vom 22. September 2000, m. w. Hinw.

¹⁴¹³ BGE 100 Ib 226, S. 230-231 E. 3, *Wessely c. Regierungsrat des Kantons Zürich*, vom 12. Juli 1974; vgl. BUCHS, S. 106-107

¹⁴¹⁴ BGE 98 Ib 465, 467 E. 2, *Canadea c. Regierungsrat des Kantons Zürich*, vom 22. Dezember 1972

¹⁴¹⁵ BGE 126 I 240, S. 248 E. 2b, *A. und B. c. Regierungsrat des Kantons Zürich* („*Technikum Winterthur*“), vom 22. September 2000

¹⁴¹⁶ BGE 111 V 201, S. 205, *Caisse de compensation du canton du Jura c. Courtet*, vom 23. Oktober 1985, und BGE 119 V 171, S. 178-179 E. 4c, *X. c. Caisse cantonale valaisanne de compensation*, vom 25. August 1993

¹⁴¹⁷ BGE 124 II 293, S. 310, *Politische Gemeinde Glattfelden et al. c. Kanton Zürich und Eidg. Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement*, vom 24. Juni 1998

¹⁴¹⁸ BGE 124 IV 23, S. 32 E. 4c, *B. c. Eidgenössische Zollverwaltung und Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen*, vom 6. Januar 1998; vgl. WÜGER, S. 121-222. – S. auch BUCHS, S. 78-80.

¹⁴¹⁹ vgl. WILHELM, S. 159, und JACOT-GUILLARMOD, *L'applicabilité directe*, S. 145-146

¹⁴²⁰ BGE 102 Ia 317, S. 318-319 E. 1, *Lanusse c. Ministère public fédéral*, vom 14. Juli 1956; BGE 106 Ib 400, S. 402 E. 5a, *Bozano c. Ministère public de la Confédération*, vom 13. Juni 1980; BGE 108 Ib 408, *Bufano, époux Martinez et époux Sanchez Reisse c. Ministère public fédéral et Département fédéral de justice et police*, vom 3. November 1982; BGE 108 Ib 525, S. 530 E. 2, *Suarez c. Dipartimento federale di giustizia e polizia*, vom 3. August 1982; BGE 109 Ib 64, *Sener c. Bundesanwaltschaft und Eidg. Justiz- und Polizeidepartement*, vom 22. März 1983; BGE 110 Ib 82, S. 86 E. 4bb, *X-Bank und M. c. Bundesamt für Polizeiwesen*, vom 8. Februar 1989; BGE 111 Ib 52, S. 55 E. 2c, *B. c. Office fédéral de*

Niederlassungsverhältnisse¹⁴²¹, für Doppelbesteuerungsabkommen¹⁴²², bei Verträgen über konkrete grenznachbarliche Bauvorhaben¹⁴²³, und allgemein, wenn die Bundesgesetzgebung die Anwendung von völkerrechtlichen Verträgen vorbehält¹⁴²⁴. Während langer Zeit wandte das Bundesgericht auch Sozialversicherungsabkommen ohne weiteres direkt an¹⁴²⁵.

Wenn das Bundesgericht aber eine Gesamtbeurteilung vornimmt, ist es schwer zu sagen, wie es dabei vorgeht und wie es die verschiedenen Elemente gewichtet, doch scheint die Absicht der Parteien ausschlaggebend zu sein (n° 397). Auch falls es sich mit der Beurteilung der angerufenen Bestimmung begnügt (n° 398), sind seine Schlüsse schwer vorhersehbar¹⁴²⁶, so dass das Prozessrisiko für die Einzelnen hoch und die Rechtssicherheit tief ist. Zwei Beispiele aus der jüngeren Rechtsprechung mögen dies veranschaulichen:

a) Im Entscheid *Politische Gemeinde Glattfelden*¹⁴²⁷ untersuchte das Bundesgericht folgende staatsvertragliche Bestimmung¹⁴²⁸:

Der Flugsicherungsdienst Zürich, unterstützt von der Direktion des Flughafens Zürich und vom Bundesamt für Zivilluftfahrt, wird sich weiterhin bemühen, eine ausgewogenere Benutzung der beiden Landebahnen 14 und 16 zu verwirklichen. In den Fällen, in denen die Verkehrslage einen Anflug auf die Landebahn 16 zulässt, wird das Anflugverfahren für diese Landebahn benutzt.

Es kam in Bezug zum ersten Satz zum Schluss, die Erklärung, sich bemühen zu wollen, sei „*offensichtlich keine durchsetzbare Norm.*“ Der zweite Satz enthalte zwar dann

la police, vom 10. Juli 1985; BGE 113 Ib 183, S. 185 E. 1a, *C. c. Office fédéral de la police*, vom 16. September 1987; BGE 117 Ib 337, *P. c. Office fédéral de la police*, vom 14. Oktober 1991; BGE 126 II 324, S. 327 E. 4c, *Glouchkov c. Ministère public de la Confédération*, vom 19. Juni 2000

¹⁴²¹ BGE 120 Ib 360, S. 365 E. 2b, *V. c. Regierungsrat des Kantons St. Gallen*, vom 27. Oktober 1994

¹⁴²² BGE 110 Ib 287, S. 291 E. 4, *Y. B. V. c. Administration fédérale des contributions*

¹⁴²³ BGE 122 II 234, S. 237 E. 4a, *Schweizerischer Bund für Naturschutz (SBN), Schweizer Heimatschutz (SHS), World Wildlife Fund Schweiz (WWF) et al. c. Regierungspräsidium Freiburg i. Br. und Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt*, vom 27. Juni 1996

¹⁴²⁴ Art. 1 IRSG; Art. 4 ANAG; vgl. PATRY, S. 527 u. 530

¹⁴²⁵ BGE 109 V 224, S. 226 E. 3b, *Boggi*; BGE 111 V 3, S. 8-9 E. 2b, *Stonda*; BGE 114 V 8, S. 11 E. 1b, *B.*; 114 V 209, S. 211-212 E. 3, *Office fédéral des assurances sociales c. s. s. A.* – Dagegen überprüfte das Bundesgericht die Anwendbarkeit in den BGE 111 V 201, S. 204-205, *Caisse de compensation du canton du Jura c. Courtet*, vom 23. Oktober 1985, und 119 V 171, S. 178-179, *X. c. Caisse cantonale valaisanne de compensation*, vom 25. August 1993.

¹⁴²⁶ vgl. WILHELM, S. 142, COTTIER/WÜGER/ZELLWEGER, *Synthesebericht*, S. 6 u. 11, und COTTIER/HERTIG, S. 26; WÜGER, S. 104, 132, 139-140, 146

¹⁴²⁷ BGE 124 II 293, S. 310, *Politische Gemeinde Glattfelden et al. c. Kanton Zürich und Eidg. Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement*, vom 24. Juni 1998, S. 308 u. 311

¹⁴²⁸ Ziff. 2 Bst. a der Regelung zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland für An- und Abflüge zum und vom Flughafen Kloten, die am 17. September 1984 vom deutschen Bundesminister für Verkehr und dem Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL) abgeschlossen wurde und am 22. November 1984 in Kraft getreten ist (zit. in BGE 124 II 308 E. aa)

eine konkrete Verpflichtung, doch werde mit der Formulierung „wenn es die Verkehrslage zulässt“ der schweizerischen Seite ein „*derart grosser Entscheidungsspielraum eingeräumt, dass es auch diesbezüglich an der erforderlichen Bestimmtheit mangelt.*“ Weder der derart grosse Entscheidungsspielraum noch die offensichtliche Undurchsetzbarkeit liegen wirklich auf der Hand¹⁴²⁹; war dem Gericht die Sache einfach zu technisch oder in ihren Auswirkungen zu politisch¹⁴³⁰?

b) Als zweites Beispiel sei die bundesrichterliche Auslegung von Art. 13 Abs. 2 Bst. b und c des UNO-Pakts I erwähnt, mit dem sich die Vertragsparteien verpflichten, die höheren Fachschulen bzw. den Hochschulunterricht „*auf jede geeignete Weise, insbesondere durch allmähliche Einführung der Unentgeltlichkeit*“, jedermann zugänglich zu machen. Das Bundesgericht schliesst die direkte Anwendung des UNO-Paktes I in konstanter Rechtsprechung nicht generell aus¹⁴³¹. In Bezug auf Art. 13 Abs. 2 Bst. c hatte es 1994 entschieden, dass sich aus ihr kein individualrechtlicher Anspruch auf eine Begrenzung oder Reduktion der Gebühren ableiten lasse, da es der nationalen gesetzgebenden Gewalt anheimgestellt sei, zu entscheiden, wann, mit welchen Mitteln und in welchem Zeitraum sie das Vertragsziel verwirklichen wolle¹⁴³². Dieser Entscheid mag noch verständlich sein, war der UNO-Pakt I doch für die Schweiz erst am 18. September 1992 in Kraft getreten¹⁴³³. Überraschen muss dagegen der Entscheid „*Technikum Winterthur*“, der fast genau acht Jahre nach dem Inkrafttreten des UNO-Paktes I erging¹⁴³⁴: Hier kam das Bundesgericht zum Schluss, diese Bestimmung verbiete der gesetzgebenden Gewalt auch nicht die *Einführung* von Studiengebühren – *in casu* am seit 1960 unentgeltlichen Technikum Winterthur –, und es trat auf eine staatsrechtliche Beschwerde gegen die entsprechende Gebührenverordnung des Zürcher Regierungsrats vom 15. September 1999 nicht ein, da die völkerrechtliche Bestimmung nicht direkt anwendbar sei.

Überraschen muss dieser Entscheid in dreierlei Hinsicht: Erstens bedeutet die Gebührenerhöhung einen klaren Rückschritt auf dem Weg zur Verwirklichung des Vertragsziels. Ein Rückschritt aber – insbesondere die Einführung von Gebühren – wird von der Bestimmung hinreichend klar und bestimmt ausgeschlossen, um justiziabel zu sein. Dieser Ansicht ist denn auch die im Entscheid zitierte Lehre, sieht man von einem nicht publizierten Rechtsgutachten ab, das für die Universität Zürich

¹⁴²⁹ vgl. WÜGER, S. 138-139

¹⁴³⁰ vgl. zur Zurückhaltung des Bundesgerichts bei besonderen örtlichen und persönlichen Verhältnissen, Ermessensfragen und technischen Fragen KÄLIN, *Verfahren*, S. 202-203

¹⁴³¹ s. BGE 126 I 240, S. 243, *A. u. B. c. Regierungsrat des Kantons Zürich („Technikum Winterthur“)*, vom 22. September 2000; m. w. Hinw.

¹⁴³² BGE 120 Ia 1, S. 13 E. 5d, *Verband Studierender an der Universität Zürich et al. c. Regierungsrat des Kantons Zürich*, vom 11. Februar 1994

¹⁴³³ siehe etwa ablehnend STEIMEN, S. 92-94, und zustimmend WÜGER, S. 231, jeweils m. w. Hinw.

¹⁴³⁴ BGE 126 I 240, *A. u. B. c. Regierungsrat des Kantons Zürich („Technikum Winterthur“)*, vom 22. September 2000

abgefasst worden war. Und zweitens hätte das Bundesgericht in Anbetracht der Tatsache, dass die gesetzgebende Gewalt mittlerweile acht Jahre Zeit zur Verwirklichung des Vertragsziels hatte, durchaus sein Ermessen etwas erweitern können. Sehr überraschend, ja gar fragwürdig wird der Entscheid drittens dadurch, dass das Bundesgericht die Gebührenordnung durchaus überprüfte: Es anerkannte nämlich, dass die Einführung von Studiengebühren Art. 13 Abs. 2 Bst. b und c UNO-Pakt I verletze, doch sei diese Verletzung durch die daraus resultierende Rechtsgleichheit mit den anderen Hochschulen gerechtfertigt – also durch die „*égalité dans l'illégalité*“¹⁴³⁵. Es beeilt sich dann sogleich, in einem geistigen Salto mortale anzufügen, „im Übrigen“ hänge das Postulat der Unentgeltlichkeit des höheren Fachhochschul- und Hochschulunterrichts nicht primär von der Höhe der Schulgelder ab; die Frage entbehre jedoch „– wegen der Unbestimmtheit des Prüfungsmassstabes und weil die Gesamtheit der im Fachhochschulbereich betroffenen Massnahmen (einschliesslich der Prognosen über deren tatsächliche Auswirkungen) in eine sachgerechte Würdigung einbezogen werden müsste – der erforderlichen Justiziabilität.“¹⁴³⁶

Der Entscheid „*Technikum Winterthur*“ verdeutlicht, dass das Bundesgericht in Bezug auf internationale Abkommen die Gewaltenteilung unverhältnismässig höher gewichtet als das Rechtsschutzinteresse der einzelnen Person.

400. *Fortsetzung. Die Organeignung als entscheidendes Kriterium.*– Insgesamt gewinnt man den Eindruck, dass diese übergrosse Gewichtung der Gewaltenteilung durch das Bundesgericht weniger vorkommt bei Normen, die in seiner Kernkompetenz liegen, wie Normen des Menschenrechtsschutzes¹⁴³⁷, als bei solchen aus anderen Gebieten, wie insbesondere dem Freihandel¹⁴³⁸: Dort beruft es sich gerne auf die Ansicht der Exekutive und der Legislative, um im Rahmen einer Gesamtbeurteilung zum Schluss zu kommen, dass an sich sehr präzise formulierte Bestimmungen nicht direkt anwendbar sind (vgl. n° 397)¹⁴³⁹. Aber auch in anderen Gebieten versagt es manchmal präzisen Vertragsbestimmungen die direkte Anwendung. Im Fall *Courtet*¹⁴⁴⁰ hat es eine klar formulierte Vorschrift des IAO-Übereinkommens

¹⁴³⁵ *ibid.*, S. 248 E. 3b

¹⁴³⁶ *ibid.*, S. 248-249

¹⁴³⁷ s. z.B. neben den zahlreichen EMRK-Entscheiden auch BGE 124 III 90, S. 91 E. 3a, *L.X. c. M.F.*, vom 22. Dezember 1997 (UNO-Kinderrechtskonvention, SR 0.107); die EMRK ist im Allgemeinen *self-executing*; vgl. HAEFLIGER/SCHÜRMANN, S. 39; WÜGER, S. 229

¹⁴³⁸ WILHELM, S. 161; COTTIER/HERTIG, S. 27; vgl. auch BUCHS, S. 108-109

¹⁴³⁹ s. JACOT-GUILLARMOD, *Le juge suisse*, S. 344-364; WILHELM, S. 161; COTTIER/PANNATIER, SJK 385, S. 6-7; COTTIER/HERTIG, S. 26-27; SCHWEIZER, *Gerichte*, S. 624; s. dagegen PATRY, S. 528-529

¹⁴⁴⁰ BGE 111 V 201, S. 204-205, *Caisse de compensation du canton du Jura c. Courtet*, vom 23. Oktober 1985

Nr. 128 ¹⁴⁴¹ und der Europäischen Ordnung der Sozialen Sicherheit ¹⁴⁴², wonach die Leistungen nur verweigert, gekürzt oder entzogen werden können, wenn der Versicherte den Versicherungsfall vorsätzlich herbeigeführt hat, als nicht direkt anwendbar erklärt, weil der Nationalrat erklärt hatte, aus den Verträgen erwachsen der Schweiz keine neuen Verpflichtungen, weil die Bundesversammlung auch im neuen UVG eine widersprechende Regelung vornahm und auch in der IVG-Revision keine Änderung des hiesigen Grundsatzes vorsah, wonach eine Leistungskürzung auch bei Grobfahrlässigkeit möglich ist ¹⁴⁴³. Andererseits vermochte das Bundesgericht ohne Mühe aus Art. 13 EMRK, der das Recht auf eine wirksame Beschwerde garantiert, entgegen der Ansicht der Lehre justiziable Teilgehalte abzuleiten ¹⁴⁴⁴, und im Entscheid *A.* gar direkt gestützt auf Art. 6 Abs. 1 EMRK, der den Zugang zu einem Gericht garantiert, auf eine Beschwerde gegen einen Bundesratsentscheid einzutreten (vgl. n° 427) ¹⁴⁴⁵ – beides *nota bene* entgegen den Vorschriften des OG und ohne den Intentionen des Parlaments weiter auf den Grund zu gehen.

Das Bundesgericht scheint also bei der Auslegung des Gewaltenteilungsprinzips wie das deutsche Bundesverfassungsgericht nach dem Kriterium der Organeignung zu verfahren (s. n° 125) ¹⁴⁴⁶. Bei der EMRK kommt dazu, dass mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte eine supranationale Instanz besteht, welche die Schweiz bei Vertragsverletzungen verurteilen kann ¹⁴⁴⁷. Und Entscheide wie „*Technikum Winterthur*“ oder auch *politische Gemeinde Glattfelden* (n° 399) deuten darauf hin, dass das Bundesgericht sich gegen die direkte Anwendbarkeit sträubt, wenn dies grössere politische Folgen hätte ¹⁴⁴⁸.

401. *Für eine Gleichbehandlung von Völker- und Landesrecht.* – Die Unterschiede in der Beurteilung der Justiziabilität von Vertragsnormen mögen wie erwähnt damit zusammenhängen, dass die Grundrechte sozusagen zu den Kernkompetenzen des Bundesgerichts gehören, so dass es hier weniger Hemmungen empfindet, Verträge

¹⁴⁴¹ Art. 32 Ziff. 1 Bst. e des Übereinkommens Nr. 128 über Leistungen bei Invalidität und Alter und an Hinterbliebene, vom 29. Juni 1967; SR 0.831.105

¹⁴⁴² Art. 68 Bst. f der Europäischen Ordnung der Sozialen Sicherheit, vom 16. April 1964 (SR 0.831.104)

¹⁴⁴³ 7 Abs. 1 IVG, Art. 37 Abs. 2 UVG

¹⁴⁴⁴ BGE 111 Ib 68, S. 72 E. 3, X. c. *Eidg. Justiz- und Polizeidepartement*, vom 29. Mai 1985; vgl. HAEFLIGER/SCHÜRMANN, S. 37-38

¹⁴⁴⁵ BGE 125 II 417, S. 424-426 E. 4c-d, A. c. *Schweizerischen Bundesrat*, vom 26. Juli 1999

¹⁴⁴⁶ COTTIER/HERTIG, S. 26-27; COTTIER/WÜGER/ZELLWEGGER, *Angeleichung*, S. 20, u. *Synthesebericht*, S. 9; WÜGER, S. 227

¹⁴⁴⁷ vgl. PATRY, S. 525

¹⁴⁴⁸ zur Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrags im Allgemeinen s. BGE 127 III 461, S. 465-466 E. 3b, *TEGE Patents AG c. Quix Snaxx Inc.*, vom 30. Mai 2001, m. w. Hinw.; BGE 126 III 540, S. 541 E. 2a/aa, *Heinz Fischer AG c. Firma Alois Meier*, vom 26. Oktober 2000; BGE 123 I 112, S. 121 E. 4d/cc, *Rolf Himmelberger c. Grand Conseil du canton de Genève*, vom 16. April 1997, m. w. Hinw.

direkt anzuwenden, während umgekehrt Fragen der Aussenwirtschaft und der Wettbewerbsordnung den politischen Behörden näher liegen. Es ist aber der Rechtssicherheit und dem internationalen Ansehen der Schweiz abträglich¹⁴⁴⁹, wenn das Bundesgericht Vertragsbestimmungen, die nach den für Landesrecht üblichen Auslegungsmethoden genügend klar und bestimmt erscheinen, als nicht justiziabel erklärt. Es sollte bei Vertragsnormen den gleichen Massstab anwenden wie beim Landesrecht¹⁴⁵⁰. Wenn ein Vertrag trotz genügender Bestimmtheit nicht direkt anwendbar sein soll, so kann das Parlament bzw. bei *accords en forme simplifiée* der Bundesrat einen entsprechenden Vorbehalt anbringen (n° 466)¹⁴⁵¹. Ist dies nicht der Fall, so vergreift sich das Bundesgericht nicht an den Kompetenzen der Legislative, wenn es eine Norm unter Gebrauch der gängigen Auslegungstechniken kunstgerecht anwendet.

Das Bundesgericht sollte sich dabei bei der Bestimmung der direkten Anwendbarkeit, also der Konkretisierung des Gewaltenteilungsgrundsatzes, wie beim Landesrecht klarer am Kriterium der Organeignung orientieren, d.h. der Fähigkeit zur Erarbeitung einer Entscheidung¹⁴⁵². Sie hängt einerseits ab von der Sachkompetenz, andererseits von der Legitimität des Entscheidungsträgers (vgl. n° 343). Letztere verbietet es dem Gericht, Entscheide zu fällen, die der Legislative zustehen. Es ist grundsätzlich für die Einzelfallgerechtigkeit zuständig, die Legislative für die allgemeine Regelung. Die für das innerstaatliche Recht entwickelten Kriterien können auch zur Beurteilung der direkten Anwendbarkeit des Völkerrechts herangezogen werden¹⁴⁵³.

¹⁴⁴⁹ vgl. etwa BGE 126 I 240, S. 245-246 E. 2f, *A. u. B. c. Regierungsrat des Kantons Zürich („Technikum Winterthur“)*: Das UNO-Komitee für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte äusserte sich „besorgt“ darüber, dass das Bundesgericht den UNO-Pakt I als nicht direkt anwendbar bezeichnet habe.

¹⁴⁵⁰ s. dazu eingehend WÜGER, S. 145-227; MICHEL, Rz. 61

¹⁴⁵¹ vgl. BUCHS, S. 50; COTTIER/PANNATIER, SJK 385, S. 5; HOLZER, S. 116; THÜRER, *Bundesverfassung und Völkerrecht*, Rz. 11. – Der Vorschlag HOLZERS (S. 116), generell die Bundesversammlung über die direkte Anwendbarkeit entscheiden zu lassen, ist dagegen wegen der daraus resultierenden Belastung der Räte kaum praktikabel. Zudem schränkte dies die Rechtsprechungskompetenz der Gerichte über Gebühr ein. Es ist Sache der rechtsanwendenden Behörde, im konkreten Fall über die direkte Anwendbarkeit zu entscheiden; die diesbezügliche Praxis des Bundesgerichts ist ausdrücklich vom Bundesrat in der Botschaft über den Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, vom 2. März 1992 (BB1 1992 III 288) sowie von der nationalrätlichen Kommission im Bericht zur Genehmigung der Europäischen Sozialcharta, vom 17. November 1995, (BB1 1996 II 735) bestätigt worden. Vgl. CHRISTIAN DOMINICE, *L'individu, la coutume internationale et le juge international*, in: Christian Dominicé, *L'ordre juridique international entre tradition et innovation. Recueil d'études*, Paris 1997, S. 98-99; auch in: *Mélanges Robert Pelloux*, Lyon 1980, S. 193-209, m. w. Hinw., sowie die Kritik von FELIX SCHÖBI in der AJP 7/1999, S. 911-912.

¹⁴⁵² vgl. COTTIER/WÜGER, S. 265-266

¹⁴⁵³ s. dazu eingehend wie erwähnt WÜGER, S. 145-227, insb. S. 198-227; COTTIER, *Synthesen*, S. 19, 21-22.

Vor allem aber sollten die Richterinnen und Richter vom Mont-Repos auch das Interesse der einzelnen Person an Rechtssicherheit ¹⁴⁵⁴ und das internationale Ansehen der Schweiz in ihre Überlegungen mit einbeziehen. Sie sollten deshalb vermehrt berücksichtigen, dass auch ein völkerrechtlicher Vertrag, der sich nur an die Legislative richtet, bei einem Mindestmass von Bestimmtheit und insbesondere, wenn die Legislative – wie z.B. bei der Einführung des unentgeltlichen Hochschulunterrichts (n° 399) – untätig bleibt, von der richterlichen Behörde erfüllt werden kann ¹⁴⁵⁵. In solchen Fällen ist es nicht angezeigt, im Rahmen einer Gesamtbeurteilung (n° 397) die Justiziabilität zu verneinen. Dies widerspräche in Bezug auf den Vertragspartner dem Grundsatz von Treu und Glauben und gegenüber den eigenen Staatsangehörigen dem Vertrauensschutzgrundsatz ¹⁴⁵⁶. Dass sich auch offene Normen zur Anwendung durch Gerichte eignen, hat das Bundesgericht mit seiner Rechtsprechung zur EMRK bewiesen: Kompetent sein heisst eben auch fähig sein, und der Grundrechtsschutz gehört gewiss zu den Fähigkeiten der Gerichte. Dass diese Fähigkeiten auch in anderen Bereichen als der Konkretisierung von Grundrechten vorhanden sind, sollten die Bundesrichterinnen und -richter – und alle rechtsanwendenden Behörden – vermehrt bedenken, bevor sie ihre Kompetenz verneinen und einer Vertragsnorm die direkte Anwendbarkeit absprechen ¹⁴⁵⁷.

402. *Die Praxis von Bundesrat und Verwaltung.* - Das Bundesgericht bezieht bei der Beurteilung der Justiziabilität die Ansicht des Bundesrates und der Bundesbehörden mit ein; die meisten Entscheide, bei denen es die direkte Anwendbarkeit verneinte, waren stark von diesen beeinflusst (s. n° 398). Die Exekutive beurteilt die direkte Anwendbarkeit nicht grosszügiger als das Bundesgericht ¹⁴⁵⁸, auch wenn der Bundesrat 1988 die Wichtigkeit der unmittelbaren Anwendbarkeit zur Verwirklichung der Freihandelsverträge mit der EWG betonte, da die Wachsamkeit der an der Wahrung ihrer Rechte interessierten Einzelnen ein wirksames Mittel darstelle, um die interne Wirkung der Verträge zu gewährleisten ¹⁴⁵⁹, und sich auch das Bundesamt für Justiz und die Direktion für Völkerrecht in ihrer gemeinsamen Stellungnahme von 1989 ¹⁴⁶⁰

¹⁴⁵⁴ vgl. THÜRER, *Verfassungsstaat*, S. 288, und ACHERMANN, S. 64

¹⁴⁵⁵ AUBERT, *Traité, ad* Nr. 1326; eingehend HOLZER, S. 139-159; STEIMEN, S. 85; COTTIER/WÜGER/ZELLWEGER, *Synthesebericht*, S. 5-8. – Das Problem der Justiziabilität stellt sich auch bei interkantonalen Abkommen (vgl. AUBERT, *Traité, ad* Nr. 881, 882-883) und Verfassungsbestimmungen (s. GRISEL, *A propos*, S. 393; AUBERT, *Traité, ad* Nr. 449; HALLER, *Art. 113*, Rz. 219-220), die früheren Gesetzen widersprechen. – Vgl. zur ähnlichen Rechtslage in der EU n° 103.

¹⁴⁵⁶ BUCHS, S. 48

¹⁴⁵⁷ vgl. COTTIER/WÜGER/ZELLWEGER, *Synthesebericht*, S. 10-11; COTTIER, *Synthesen*, S. 21-22

¹⁴⁵⁸ vgl. WILHELM, S. 161

¹⁴⁵⁹ BBl 1988 III 347

¹⁴⁶⁰ *ibid.*, S. 404

aus diesem Grund für eine weitgehende Zulassung der unmittelbaren Anwendbarkeit aussprechen.

Der Bundesrat spricht sich im Allgemeinen in der Botschaft zum vom Parlament zu genehmigenden Vertrag zur Frage der Anwendbarkeit aus ¹⁴⁶¹. Meistens begründet er nicht weiter, weshalb diese oder jene Bestimmung direkt anwendbar sei oder nicht ¹⁴⁶². Aus den Botschaften, wo er sich dazu äussert, lässt sich jedoch schliessen, dass er sich nach den Kriterien des Bundesgerichtes orientiert: *„Als direkt anwendbar gelten jene Bestimmungen, die – im Gesamtzusammenhang sowie im Lichte von Gegenstand und Zweck des Vertrages betrachtet – voraussetzungslos und genügend bestimmt sind, um auf einen konkreten Sachverhalt angewendet zu werden und Grundlage für eine Entscheidung bilden zu können“* ¹⁴⁶³, lautet die Standardformulierung.

Auch die Praxis der Bundesverwaltung liegt auf der Linie des Bundesgerichtes, das ja die meisten Verfügungen überprüfen kann. So hatte der ETH-Rat in einem Entscheid vom 18. Mai 2000 ¹⁴⁶⁴ die Klage eines Angestellten der ETH Zürich zu beurteilen, der geltend machte, die von ihm selbst eingereichte Kündigung sei wegen Willensmangels nichtig. Nun sahen die einschlägigen Erlasse – Angestelltenordnung und ETH-Gesetz ¹⁴⁶⁵ – als Rechtsmittel nur die Verwaltungsbeschwerde gegen Verfügungen vor; hier aber lag gar keine Verfügung vor. Der ETH-Rat trat jedoch, wie das Bundesgericht ein gutes Jahr zuvor im Entscheid *A.* (vgl. n° 400), auf Grund der Rechtsweggarantie von Art. 6 Abs. 1 EMRK und ohne die Frage der direkten Anwendbarkeit weiter zu erörtern auf die Klage ein, da nicht ersichtlich sei, welche andere Instanz zuständig sei und eine Befassung der Eidgenössischen Personalrekurskommission zu einer Gabelung des Verfahrens geführt hätte, weil der Angestellte gleichzeitig Beschwerde führte gegen die vorläufige Dienstenthebung, welche die ETH Zürich kurz vor der Kündigung gegen ihn verfügt hatte. Andererseits hat der ETH-Rat unter Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtes das in Art. 13 Abs. 1 des

¹⁴⁶¹ vgl. WILHELM, S. 131-133

¹⁴⁶² s. z.B. die Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen von 1989 über die Rechte des Kindes, vom 29. Juni 1994, BBl 1994 V 20; f. w. Hinw. s. WILHELM, S. 133

¹⁴⁶³ so die Botschaft betreffend das Übereinkommen über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes sowie die entsprechende Revision des Strafrechts, vom 31. März 1999, BBl 1999 4344, und die Botschaft über den Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, vom 2. März 1992, BBl 1992 III 288; WILHELM, S. 133, m. w. Hinw.

¹⁴⁶⁴ nicht veröffentlichter Entscheid i.s. R. M. c. *ETH Zürich*

¹⁴⁶⁵ zum Zeitpunkt des Entscheids Art. 39 der Angestelltenordnung vom 10. November 1959 (AngO; AS 1959 1181) und Art. 37 Abs. 1 Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen (ETH-Gesetz; SR 414.110); s. nun Art. 62 der Personalverordnung für den Bereich der Eidgenössischen Technischen Hochschulen, vom 15. März 2001 (Personalverordnung ETH-Bereich; SR 172.220.113)

UNO-Pakts I anerkannte Recht auf Bildung für nicht justiziabel erklärt (vgl. n° 399) ¹⁴⁶⁶.

c) Rang

403. *Die Verfassung. Art. 191 BV: Eine lückenhafte Kollisionsregel ...*- Nach Art. 191 BV sind Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend. Art. 191 BV führt Art. 113 Abs. 3 und Art. 114^{bis} Abs. 3 aBV nach ¹⁴⁶⁷, gemäss denen die „von der Bundesversammlung genehmigten Staatsverträge für das Bundesgericht“ massgebend waren: Nach überwiegender Lehrmeinung und der Rechtsprechung des Bundesgerichts richtete sich das Anwendungsgebot an sämtliche rechtsanwendenden Behörden ¹⁴⁶⁸, und es galt auch für die vom Bundesrat oder einem Kanton alleine abgeschlossenen Verträge. Begründet wurde dies mit der Entstehungsgeschichte – damals wurden alle völkerrechtlichen Verträge von der Bundesversammlung genehmigt – sowie mit dem in Art. 26 WVÜ kodifizierten Grundsatz „*pacta sunt servanda*“ und Art. 46 WVÜ (grundsätzliche Irrelevanz interner Kompetenzvorschriften für die Gültigkeit völkerrechtlicher Verträge) (vgl. n° 389-390) ¹⁴⁶⁹. Keine Kollisionsregel stellt dagegen der neu in Art. 5 Abs. 4 BV verankerte Verfassungsgrundsatz dar, wonach Bund und Kantone zur Beachtung des Völkerrechts verpflichtet sind (s. sogleich, n° 406).

Aus Art. 191 BV und seinen Vorgängern ergibt sich erstens, dass völkerrechtliche Verträge Anwendungsvorrang vor der Verfassung geniessen, mit einer Ausnahme für jüngeres, justiziables Verfassungsrecht (*supra*, n° 362), und zweitens, dass sie mindestens den gleichen Anwendungsrang wie Bundesgesetze haben und deshalb den

¹⁴⁶⁶ E. Z. c. *ETH Zürich*, vom 18. Mai 2000 E. 3c/bb, ZBl 2002, S. 90-91

¹⁴⁶⁷ Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 428; RHINOW, *Bundesverfassung*, S. 371-372; WÜGER, S. 228

¹⁴⁶⁸ AUBERT, *Traité*, Nr. 448; HALLER, *Art. 113*, Rz. 148; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 429

¹⁴⁶⁹ MONNIER, S. 231; SCHINDLER, *Art. 9*, Rz. 7, *Art. 85 Ziff. 5*, Rz. 49, u. *Die Schweiz und das Völkerrecht*, S. 111; KÄLIN, *Verfahren*, S. 31-32, 87; HALLER, *ibid.*, Rz. 176-177; HANGARTNER, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 1015, und *Völkerrecht*, S. 659; OETER, S. 570; WILHELM, S. 30 u. 33; BGE 120 Ib 360, S. 365-366 E. 2c, *V. c. Regierungsrat des Kantons St. Gallen*, vom 27. Oktober 1994, zit. in n° 389; BGE 124 II 293, S. 307-308 E. 4b, *Politische Gemeinde Glattfelden et al. c. Kanton Zürich*, zit. in n° 399; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 428-429. – Dagegen sehen AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Bd. I, Rz. 1826) in Art. 191 eine Ausdehnung des Anwendungsgebots von Art. 113 Abs. 3 aBV, was der Ansicht eines Teils der Lehre entspricht, die von den Kantonen abgeschlossenen Verträgen die Massgeblichkeit abspricht (so – unter der aBV – GRISEL, *A propos*, S. 383-384; HOLZER, S. 126-127; sowie – unter der BV – SÄGESSER [HRSG.], Rz. 1144; kritisch auch RHINOW, *Bundesverfassung*, S. 372), oder die Massgeblichkeit von Bundesratsverträgen unter Art. 113 Abs. 3 aBV in Abrede stellt (so COTTIER/WÜGER/ZELLWEGER, *Synthesebericht*, S. 13-14; COTTIER, *Synthesen*, S. 26-27).

Beschlüssen, Verordnungen, Reglementen und Direktiven des Bundes sowie dem interkantonalen und dem kantonalen Recht vorgehen ¹⁴⁷⁰.

Nicht geregelt und umstritten ist dagegen das Verhältnis zwischen völkerrechtlichem Vertrag und Bundesgesetz. Die Lehre spricht sich im Allgemeinen für einen Vorrang des Völkerrechts über das Landesrecht aus, also auch über spätere Bundesgesetze, aber mit Vorbehalten in Bezug auf die Verfassungsrevision (*supra*, n° 373, 378) ¹⁴⁷¹ und in der neueren Lehre das Demokratieprinzip und den Grundrechtsschutz (vgl. *infra*, n° 408). Das Bundesgericht hat zwar wiederholt den Vorrang des Völkerrechts erwähnt, gibt aber – wie der ehemalige Bundesrichter PATRY ausgeführt hat – eher dem Landesrecht den Vorzug, wenn das Parlament ein älterem Völkerrecht widersprechendes Gesetz erlässt (vgl. *infra*, n° 421, 427) ¹⁴⁷². Bundesrat und Bundesverwaltung befolgen wie bei der Frage der Anwendung die Linie des Bundesgerichts (n° 431-434).

404. ... aber keine Rangregel: Es geht um die Gewaltenteilung.- Art. 191 BV legt ebensowenig wie Art. 113 Abs. 3 aBV eine Hierarchie zwischen dem völkerrechtlichen Vertrag und dem Bundesgesetz fest ¹⁴⁷³. Auch wurden die völkerrechtlichen Verträge, soweit aus den Materialien ersichtlich, nicht aus völkerrechtlichen Überlegungen in den Katalog der massgebenden Akte aufgenommen (vgl. n° 344) ¹⁴⁷⁴. Die verfassungsge-

¹⁴⁷⁰ AUBERT, *L'autorité*, S. 268-269 u. 281; GUGGENHEIM, S. 75; LARDY, S. 203; DOMINICÉ, S. 30; SIEGENTHALER, S. 212-213 u. 222; GRISEL, *A propos*, S. 393; MÜLLER, *Völkerrecht*, S. 224; CAYTAS, S. 6 ff.; KÄLIN, *Geltungsgrund*, S. 45; IDEM, *Verfahren*, S. 30-32, 35; SALADIN, S. 81; SCHINDLER, *Art. 85 Ziff. 5*, Rz. 59, u. *Die Schweiz und das Völkerrecht*, S. 113-114; WILHELM, S. 179-181; HANGARTNER, *Völkerrecht*, S. 658; THÜRER, *Bundesverfassung und Völkerrecht*, Rz. 14, u. *Verfassungsrecht*, Rz. 29; HOLZER, *ibid.*; HANGARTNER/KLEY, Rz. 527; THALMANN, S. 280; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1917, 1927, 1928

¹⁴⁷¹ So AUBERT, *Traité*, ad Nr. 1326; vgl. auch THÜRER, *Thesen*, S. 223. – Für JACOT-GUILLARMOD (*Fondements*, S. 243), KÄLIN (*Geltungsgrund*, S. 64; Relativierung in *Verfahren*, S. 32-33: verfassungskonforme Auslegung des Völkerrechts, wenn dessen Grundrechtsgarantien weniger weit gehen als diejenigen der BV), SCHINDLER (*Die Schweiz und das Völkerrecht*, S. 113) und HANGARTNER (*Völkerrecht*, S. 661) ist der Vorrang des Völkerrechts ein ungeschriebener Verfassungsgrundsatz. Nach HANGARTNER (*ibid.*, S. 661-662) aber „haben der Bundesverfassungsgeber und der Bundesgesetzgeber aufgrund des positiven Staatsrechts die rechtliche Möglichkeit, mit einzelnen Regelungen in Durchbrechung des Vorrangprinzips den Primat des Völkerrechts nicht zu beachten. Primat des Völkerrechts darf deshalb nicht einfach mit derogatorischer Kraft des Völkerrechts gleichgesetzt werden“ (wie dies KÄLIN, *ibid.*, S. 45 ff., macht). Gegen einen Vorrang des völkerrechtlichen Vertrags vor dem Bundesgesetz SIEGENTHALER, S. 215-216.

¹⁴⁷² PATRY, S. 528

¹⁴⁷³ im Gegensatz zur Ansicht der älteren Lehre; s. die Hinw. bei WILHELM, S. 175. – AUBERT, *L'autorité*, S. 277; JACOT-GUILLARMOD, *La primauté*, S. 404 u. 406; KÄLIN, *Geltungsgrund*, S. 62; PATRY, S. 526-527; MALINVERNI, *L'article 113*, S. 384 u. 396; SCHINDLER, *Die Schweiz und das Völkerrecht*, S. 113-114; WILHELM, S. 176; BIAGGINI, S. 728-729; ACHERMANN, S. 41; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 428; vgl. auch FRIDOLIN SCHIESSER, *Die akzessorische Prüfung*, Diss. Zürich 1984, S. 206 ff.

¹⁴⁷⁴ KÄLIN, *Verfahren*, S. 36-37; HALLER, *Art. 113*, Rz. 144; BGE 117 Ib 367, S. 372 E. e, *Eidg. Steuerverwaltung c. Erben X.*, vom 15. November 1991

bende Gewalt bezweckte mit dieser Bestimmung vielmehr die Gewaltenteilung zwischen der Bundesversammlung und dem Bundesgericht: Es ging ihr darum, die Bundesversammlung vor einer Kontrolle durch das Bundesgericht zu schützen. Art. 113 Abs. 3 aBV ist Ausdruck der radikalliberalen Gewaltenteilungslehre des 19. Jahrhunderts, welche sich für eine absolute Parlamentsouveränität ausspricht. Dies entsprach den handfesten politischen Interessen des freisinnig beherrschten, reformerischen Parlaments, das keine Lust verspürte, seine gesetzgeberische Freiheit durch die Justiz einschränken zu lassen¹⁴⁷⁵. Zwar war die Bundesversammlung selbst zur Ansicht gelangt, dass sie nicht das geeignete Organ zur Entscheidung staatsrechtlicher Beschwerden sei. Die gegenüber der Bundesversammlung unter der Verfassung von 1848 bloss subsidiäre Zuständigkeit des Bundesgerichts sollte deshalb im Rahmen der Ende 1869 beschlossenen Totalrevision erweitert werden. Eine – unter Vorbehalt bestimmter Administrativstreitigkeiten (Art. 113 Abs. 2 aBV) – generelle Zuweisung der staatsrechtlichen Streitigkeiten stiess aber auf ernste Bedenken, das Bundesgericht könnte allmächtig werden und sich über die politischen Behörden erheben. Ferner wurde befürchtet, das Bundesgericht könnte zu sehr in das politische Leben hineingezogen werden und dadurch an Unabhängigkeit und Ansehen einbüssen¹⁴⁷⁶. Um diese Bedenken zu zerstreuen, schlug Bundesrat JAKOB DUBS deshalb die Immunitätsklausel Art. 113 Abs. 3 aBV vor. Vor dem Nationalrat führte er 1872 aus, je mehr der Bundesstaat dem Einheitsstaat angenähert werde, desto mehr müsse man auch die dem Einheitsstaat geläufigen Garantien einführen, allen voran die Trennung von gesetzgebender und richterlicher Gewalt. „*Damit jedoch die richterliche Gewalt nicht über die gesetzgebende sich erhebe*“, sollten die Gerichte die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und die von ihr ratifizierten völkerrechtlichen Verträge als massgebend zu betrachten haben¹⁴⁷⁷. Da also Art. 113 Abs. 3 der Verfassung von 1874 bzw. Art. 191 BV also die Gewaltenteilung zwischen Legislative und Judikative regelt, lässt sich daraus nicht ableiten, dass der völkerrechtliche Vertrag Vorrang vor der Verfassung hat. Die Bestimmung gebietet einzig die Anwendung des völkerrechtlichen Vertrags auch bei Verfassungswidrigkeit, wie sie das auch in Bezug auf die Bundesgesetzes vorschreibt¹⁴⁷⁸. Niemand behauptet ja deshalb, dass die Bundesgesetze Vorrang vor der Verfassung hätten; „*la loi qui déroge à la Constitution ne l’abroge pas pour autant*“, wie AUBERT bemerkt hat¹⁴⁷⁹.

¹⁴⁷⁵ OETER, S. 555 u. 593; KÄLIN, *Verfahren*, S. 31; vgl. auch S. 556-560; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1815

¹⁴⁷⁶ s. OETER, S. 548-554

¹⁴⁷⁷ OETER, S. 554; HALLER, *Art. 113*, Rz. 142-143; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *ibid.*

¹⁴⁷⁸ HALLER, *ibid.*, Rz. 205-206; AUBERT, *Traité*, Nr. 449bis

¹⁴⁷⁹ AUBERT, *L'autorité*, S. 277; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1830; vgl. auch Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 428

In der Lehre wird die Immunitätsklausel meist als – verglichen mit anderem Brauchtum bei Nichtjuristen vielleicht weniger bekannte – Eigentümlichkeit der Schweiz betrachtet und als Relikt der überlebten Gewaltenteilungskonzeption des 19. Jahrhunderts abgelehnt. „*Ausserhalb des exklusiven Zirkels der Verfassungsrechtler*“ hat sie aber, wie OETER bemerkte, nie ernsthaft Anstoss erregt¹⁴⁸⁰. Eine 1936 in Gang gesetzte Volksinitiative auf Abschaffung von Art. 113 Abs. 3 aBV scheiterte 1939 kläglich an der Ablehnung von rund 71 % der Stimmbürger¹⁴⁸¹ und aller Kantone: Die direktdemokratische Kontrolle der Gesetzgebung durch das Volk nahm dem Ruf nach einer Verfassungsgerichtsbarkeit wohl den Reiz¹⁴⁸². Was die völkerrechtlichen Verträge angeht, so unterstanden diese damals zwar nur dem Referendum, wenn sie unbefristet oder für eine Dauer von mehr als 15 Jahren abgeschlossen waren¹⁴⁸³, doch dies wurde damals noch nicht als problematisch empfunden (vgl. n° 473).

405. *Versuche, eine Rangregel einzuführen.*– Eine Interpellation von Nationalrat KORNER über das Verhältnis von völkerrechtlichem Vertrag und Landesrecht führte 1968 nicht zu einer ausdrücklichen Rangregel¹⁴⁸⁴. Die mit der Vorbereitung der Totalrevision der Bundesverfassung beauftragte Expertenkommission vertrat in ihrem Bericht von 1977 die Auffassung, es sei nicht notwendig, den Vorrang des Völkerrechts in der Verfassung festzuschreiben, da dieser durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts genügend gesichert sei¹⁴⁸⁵. 1992, anlässlich der Behandlung des EWR-Abkommens, diskutierten die eidgenössischen Parlamentarierinnen und Parlamentarier erneut, ob der Vorrang des Völkerrechts oder wenigstens des EWR-Abkommens nicht in die Verfassung aufzunehmen sei, verzichteten aber schliesslich darauf, weil sich National- und Ständerat nicht auf eine gemeinsame Formulierung einigen konnten¹⁴⁸⁶.

406. *Fortsetzung. Art. 5 Abs. 4 BV: Vorrang als Verfassungsgrundsatz.*– Art. 4 Abs. 4 der Reformvorschläge zu den Volksrechten des Verfassungsentwurfs vom

¹⁴⁸⁰ OETER, S. 591. Sie war aber auch nie unangefochten, vgl. *ibid.*, S. 563-566; s. auch AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1816

¹⁴⁸¹ Diesmal ist die ausschliesslich männliche Form auch politisch korrekt.

¹⁴⁸² OETER, S. 591-592. 1923 und 1924 waren zwei parlamentarische Vorstösse vergeblich geblieben; *ibid.*, S. 565-566.

¹⁴⁸³ Auch dies erst seit 1921; s. n° 473

¹⁴⁸⁴ vgl. n° 361; Amt. Bull. NR 1969, S. 220 ff.; vgl. CAYTAS, S. 5; MÜLLER/WILDHABER, 2. Aufl., S. 103; WILDHABER/BREITENMOSER, S. 197-198; WILHELM, S. 177

¹⁴⁸⁵ s. WILHELM, S. 177, m. Hinw.; KÄLIN, *Geltungsgrund*, S. 45

¹⁴⁸⁶ s. Amtl. Bull. NR 1992, S. 1392, u. Amtl. Bull. StR 1992, S. 886, sowie BBl 1992 IV 87 ff.; vgl. LOMBARDI, *Verwirklichung*, S. 740-745; KÄLIN, *Schubert*, S. 73; KAYSER, S. 149; MÜLLER/WILDHABER, S. 165; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1920

29. Mai 1995 sah ausdrücklich den Vorrang des Völkerrechts vor dem Landesrecht vor: „*Völkerrecht geht entgegenstehendem Landesrecht vor.*“ Die Bestimmung wurde aber nach der Vernehmlassung trotz ermutigendem Echo wieder fallen gelassen¹⁴⁸⁷, um in unverbindlicher Form in Art. 4 Abs. 4 des Verfassungsentwurfs vom 20. November 1996 wieder aufzutauchen, den der Bundesrat dem Parlament vorlegte¹⁴⁸⁸: „*Bund und Kantone beachten das Völkerrecht.*“ Als Art. 5 Abs. 4 wurde diese Bestimmung schliesslich von Volk und Ständen angenommen. Sie führt die herrschende Rechtsauffassung nach, dass Völkerrecht grundsätzlich dem Landesrecht vorgeht und von allen Organen des Staates zu beachten ist, aber Ausnahmen möglich sind¹⁴⁸⁹. Als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns widerspiegelt sie die Tatsache, dass die Schweiz in die internationale Gemeinschaft eingebunden ist und die gemeinsamen Spielregeln einhalten sollte¹⁴⁹⁰. Was aber, wenn sie dies nicht tun? Art. 5 Abs. 4 BV schweigt sich über die Konsequenzen aus¹⁴⁹¹. Die Frage ist damit – weiterhin – nach den von Lehre und Praxis anerkannten Regeln anzugehen¹⁴⁹². Wie sehen diese Regeln – für die von Art. 191 BV nicht erfassten Fälle – aus?

407. *Auf der Suche nach Kollisionsregeln I.*– Ein Teil der Lehre hat Antworten im *Völkerrecht* gefunden¹⁴⁹³. Danach ergibt sich für eine monistische Rechtsordnung wie diejenige der Schweiz aus der (überstaatlichen) Natur des Völkerrechts dessen Vorrang vor dem Landesrecht¹⁴⁹⁴. Der Vorrang ergibt sich auch aus dem internationalen

¹⁴⁸⁷ s. die jeweiligen Separatdrucke des Bundes von 1995 und 1996 über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens; vgl. auch NZZ Nr. 146 vom 27. Juni 1995, S. 13 u. 15

¹⁴⁸⁸ Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 590

¹⁴⁸⁹ *ibid.*, S. 134 u. 135; vgl. BIAGGINI, S. 728; COTTIER/HERTIG, S. 12-13; COTTIER/WÜGER/ZELLWEGER, *Synthesebericht*, S. 25-26

¹⁴⁹⁰ vgl. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1362 sowie 1904 u. 1909

¹⁴⁹¹ AUBERT, *Révision*, S. 106; ARNOLD, S. 54; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1269; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1919; THÜRER, *Verfassungsrecht*, Rz. 30; MICHEL, Rz. 29; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 134 u. 135

¹⁴⁹² Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 134; RHINOW, *Bundesverfassung*, S. 365; MICHEL, *ibid.*; vgl. aber AUBERT, *ibid.*, der darauf aufmerksam macht, dass der Bundesrat in der Botschaft über eine neue Bundesverfassung (auf S. 134-135) auf die Gemeinsame Stellungnahme verweise, welche den generellen Vorrang des Völkerrechts bejahe; in diesem Zusammenhang würde Art. 5 Abs. 4 BV bedeuten, dass das gesamte Völkerrecht dem gesamten Gesetzesrecht vorgehe. Der Bundesrat spricht jedoch nur von einem grundsätzlichen Vorrang und verweist zudem auch auf die Schubert-Praxis. Vgl. auch THALMANN (S. 290-291), der zu Recht darauf hinweist, dass das Bundesgericht in Art. 5 Abs. 4 BV zumindest eine Stütze für seine den generellen Vorrang des Völkerrechts betonende Rechtsprechung finden könnte.

¹⁴⁹³ s. KÄLIN, *Geltungsgrund*, S. 47-48, u. WILHELM, S. 167-171, jeweils m. w. Hinw.; vgl. KAYSER, S. 142-146

¹⁴⁹⁴ JACOT-GUILLARMOD, *Fondements*, S. 233-235. Er bezieht sich u.a. auf den berühmten Entscheid des belgischen Kassationshofs i. S. *Etat belge c. Fromagerie franco-suisse Le Ski*, vom 27. Mai 1971 (wiedergegeben im belgischen Journal des tribunaux, Nr. 86/1971, S. 460, und auszugsweise in MÜLLER/WILDHABER, 2. Aufl., S. 111-112), mit dem dieser den absoluten Vorrang der internationalen Abkommen begründete (vgl. KÄLIN, *ibid.*, S. 52, m. w. Hinw.), und wo es heisst, « *lorsque le conflit*

Gewohnheits- und Vertragsrecht, und die Schweiz ist durch beides gebunden: Sie ist nämlich, erstens, zur Einhaltung dreier gewohnheitsrechtlicher Grundsätze verpflichtet, nämlich des Grundsatzes *pacta sunt servanda*, des Gebots von Treu und Glauben und des Verbots, sich unter Berufung auf Landesrecht internationalen Verpflichtungen zu entziehen. Zweitens ist sie durch die Artikel 26 und 27 WVÜ gebunden, die diese Prinzipien kodifizieren¹⁴⁹⁵. Und schliesslich ist der Vorrang des Völkerrechts, so JACOT-GUILLARMOD, Ausdruck der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit – die diese Bezeichnung verdient – des Staates¹⁴⁹⁶. – Diese Ansichten sind schön und gut, doch bedeutet Monismus nicht zwingend Primat des Völkerrechts (n° 58), noch schreibt das internationale Gewohnheits- oder Vertragsrecht vor, wie die Staaten ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen umzusetzen haben. Diese können vielmehr – das *ius cogens* ausgenommen (n° 57) – gegen Völkerrecht verstossen, wodurch sie allerdings Sanktionen in Kauf zu nehmen haben. Der Satz „Völkerrecht bricht Landesrecht“ ist dem Völkerrecht fremd (n° 59)¹⁴⁹⁷.

408. *Auf der Suche nach Kollisionsregeln II.* – Die Lehre ist auch im *Landesrecht* fündig geworden. ANDRÉ GRISEL leitete den Vorrang des Vertrags über das Gesetz aus *Art. 113 Abs. 3 aBV (Art. 191 BV)* ab: Wenn der Vertrag Anwendungsvorrang vor der Verfassung geniesse, so müsse er ebenfalls Anwendungsvorrang vor dem Gesetz haben. Dabei vergass er aber, was er in seinem Aufsatz einige Zeilen vorher noch selbst geschrieben hatte: Dass das Bundesgericht Verträge ebenso gut wie Gesetze anzuwenden hat¹⁴⁹⁸. Ausserdem spricht die Entstehungsgeschichte gegen eine solche Auslegung der Bestimmung (s. n° 404). In Einklang mit dieser war AUBERT früher der Ansicht, dass das *Gewaltenteilungsprinzip* und das *Demokratieprinzip* die Richterinnen

existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir; que la prééminence de celle-ci résulte de la nature même du droit international conventionnel ». Das Bundesgericht hat sich schon 1918 im Dreyfus-Entscheid (wie in n° 353 zitiert) auf die „Natur“ des Völkerrechts berufen, um daraus allerdings nicht dessen Vorrang, sondern dessen Gleichstellung mit dem Landesrecht abzuleiten. Neuerdings leitet aber auch das Bundesgericht aus der Natur des Völkerrechts dessen Vorrang ab, ohne daraus jedoch bislang einen Anwendungsvorrang abzuleiten; s. den in n° 410 zitierten BGE 122 II 485, S. c. *Office fédéral de la police*, vom 1. November 1996. Zum Monismus als Grundlage des Vorrangs vgl. EPINEY, *Primat*, S. 552-553.

¹⁴⁹⁵ LOMBARDI, *Verwirklichung*, S. 728; LARDY, S. 207; GRISEL, *A propos*, S. 390, JACOT-GUILLARMOD, *Fondements*, S. 235-239; MALINVERNI, *L'article 113*, S. 387-388; vgl. HALLER, *Art. 113*, Rz. 177

¹⁴⁹⁶ JACOT-GUILLARMOD, *Fondements*, S. 239

¹⁴⁹⁷ vgl. etwa Art. 41 EMRK, wonach der Gerichtshof der verletzten Partei nötigenfalls eine Entschädigung zuspricht, wenn das innerstaatliche Recht nur eine unvollkommene Wiedergutmachung gestattet. Für die Schweizer Lehre, s. SIEGENTHALER, S. 208-209; HANGARTNER, *Völkerrecht*, S. 663-664; SCHWEIZER, *Gerichte*, S. 624; AUBERT, *Traité*, ad Nr. 1326; THÜRER, *Bundesverfassung und Völkerrecht*, Rz. 13; RHINOW, *Bundesverfassung*, S. 365; ACHERMANN, S. 40-41

¹⁴⁹⁸ GRISEL, *A propos*, S. 390; vgl. n° 404

und Richter verpflichtet, das spätere Gesetz anzuwenden¹⁴⁹⁹. JACOT-GUILLARMOD kam auf Grund des *Legalitätsprinzips*, wovon der Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts nur eine spezieller Ausdruck sei, zum gegenteiligen Schluss¹⁵⁰⁰. Er wies ausserdem darauf hin, dass die Missachtung des Völkerrechts unter Inkaufnahme der internationalen Verantwortlichkeit auf Grund des Gebots, nach Treu und Glauben zu handeln (Art. 2 Abs. 1 ZGB), sowie des Verbots, den offenbaren Missbrauch eines Rechts zu schützen (Art. 2 Abs. 2 ZGB), eines Rechtsstaates unwürdig sei; ja dass sich ein Staatsorgan, welches die Ineffizienz der Völkerrechtsordnung, Verstösse gegen sie zu entdecken und verfolgen, ausnützte, um diese verfassungsrechtlich zu ermöglichen, vielleicht eventualvorsätzlich im Sinne von Art. 18 StGB handle¹⁵⁰¹. THÜRER fügt an, dass aber ausnahmsweise eine *Güterabwägung* mit dem Demokratieprinzip zu einer Abweichung vom Legalitätsprinzip führen könne: Wenn z.B. ein unbedeutendes Abkommen gegen ein zentrales Grundrecht verstosse oder ein Vertrag in einem verfassungswidrigen Verfahren abgeschlossen wurde, solle das Völkerrecht nicht die demokratischen Prinzipien der Rechtsetzung unterlaufen können¹⁵⁰². Ähnlich gehen COTTIER, WÜGER und ZELLWEGER vom Vorrang des Völkerrechts als Ordnungsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 4 BV aus, das von der Legislative aber durchbrochen werden könne, wenn sie dies ausdrücklich wolle, und das zudem seine Schranke im *Kerngehalt des Grundrechtsschutzes* finde – letzteres entspricht der deutschen „Solange“-Rechtsprechung (n° 107)¹⁵⁰³. Die neuere Lehre geht also von differenzierteren Ansätzen aus; Völkerrecht soll grundsätzlich vorgehen, zentrale innerstaatliche Werte jedoch sollen unantastbar bleiben.

409. *Die Praxis des Bundesgerichts.*- „In der Wissenschaft haben die Überzeugungen kein Bürgerrecht, so sagt man mit gutem Grunde“, schrieb NIETZSCHE in seiner „fröhlichen Wissenschaft“¹⁵⁰⁴. Dem beipflichtend soll nachfolgend eine Darstellung und kritische Würdigung der Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichts an die Stelle einer theoretischen Stellungnahme treten. Dies rechtfertigt sich um so mehr,

¹⁴⁹⁹ AUBERT, *Traité*, ad Nr. 1326 u. 1777 (1982), dann aber ad Nr. 1326 und ad Nr. 1777; vgl. auch IDEM, *La hiérarchie*, S. 197

¹⁵⁰⁰ JACOT-GUILLARMOD, *La primauté*, S. 397 u. 406; vgl. auch ERNST-ULRICH PETERSMANN, *Die Verfassungsentscheidung für eine völkerrechtskonforme Rechtsordnung als Strukturprinzip der Schweizer Bundesverfassung*, AöR 115 (1999), S. 537-576

¹⁵⁰¹ JACOT-GUILLARMOD, *Fondements*, S. 240

¹⁵⁰² IDEM, *Rule of Law*, S. 467-469, und *Verfassungsrecht*, Rz. 31; vgl. HÄFELIN/HALLER Rz. 1922; COTTIER/HERTIG, S. 23-25; ACHERMANN, S. 67-68, 82-88, 89-92

¹⁵⁰³ COTTIER/WÜGER/ZELLWEGER, *Synthesebericht*, S. 26; COTTIER, *Synthesen*, S. 20-21 u. 30. Dass eine völkerrechtliche Norm den Kerngehalt verletzt, ist indes unwahrscheinlich. Eine solche Norm könnte zudem unter Bezug auf *ius cogens* für nichtig erklärt werden; vgl. ACHERMANN, *ibid.*, u. MICHEL, Rz. 42-44

¹⁵⁰⁴ FRIEDRICH NIETZSCHE, *Die fröhliche Wissenschaft* („la gaya scienza“), 1882, zit. nach der Reclam-Ausgabe, Leipzig 1990, Nr. 344 *in initio*

als die Jurisprudenz eine praktische Wissenschaft ist ¹⁵⁰⁵ und in der Schweiz „seit jeher eine einfache und praktische Rechtsauffassung vorgeherrscht hat“ ¹⁵⁰⁶. Interessieren muss dabei der umstrittene Punkt, nämlich das Verhältnis von völkerrechtlichem Vertrag und Bundesgesetz.

410. Grundsätzliche Stellungnahmen für einen Vorrang des Völkerrechts. *Lanusse* usw.- Das Bundesgericht hat sich in zahlreichen Entscheiden für einen Vorrang der internationalen Abkommen vor dem Landesrecht ausgesprochen. Meistens handelte es sich um Auslieferungsfälle ¹⁵⁰⁷. So heisst es im Entscheid *Lanusse*, vom 14. Juli 1976 ¹⁵⁰⁸: « (E)n matière d'extradition comme dans les autres domaines, les traités internationaux ont le pas sur la loi nationale, même s'ils lui sont antérieurs; en cas de contradiction entre les dispositions de la loi et celles d'un traité celles-ci l'emportent sur celles-là; les dispositions de la loi ne s'appliquent que sur les points qui n'ont pas été réglés expressément ou tacitement par le traité (...). » Oder, vier Jahre später, im Urteil *Bozano* ¹⁵⁰⁹: « Selon les conceptions du droit suisse et la jurisprudence constante relatives à la hiérarchie des normes, le droit international conventionnel prime le droit interne en matière d'extradition comme dans les autres domaines: un Etat qui s'engage par traité doit en respecter les clauses, quelles que soient ses propres normes internes (...). » Oder, vielleicht besonders pointiert, am 1. November 1996 im Entscheid S. ¹⁵¹⁰: « Le principe de respect des traités (*pacta sunt servanda*, Art. 26 de la Convention de Vienne de 1969, ci-après « CV », RS 0.101), et son corollaire, celui de l'inopposabilité de toute règle interne contraire au traité (Art. 27 CV), s'opposent à un refus d'extrader fondé sur une règle ou un principe de droit interne. Le fait que l'Art. 37 EIMP soit entré en vigueur en 1983, soit postérieurement à l'entrée en vigueur pour la Suisse de la Convention (1967) ¹⁵¹¹ et de l'accord bilatéral (1977 ¹⁵¹²) n'y change rien : le

¹⁵⁰⁵ Wie PETER GAUCH bemerkte, ist eine andere Frage, ob sie auch „praktisch“ betrieben werde: „Manches, was man da zu lesen bekommt, gehört eher in den Bereich transzendente Magie.“ (IDEM, *Über die Ausbildung der Juristen*, in: Richter und Verfahrensrecht. 150 Jahre Obergericht Zürich, Festgabe, ZbJV, Sonderband 127bis, Bern 1991, S. 141)

¹⁵⁰⁶ BGE 67 II 70, S. 74, *Gisler c. Stoffler*, vom 3. April 1941

¹⁵⁰⁷ LARDY, S. 210; AUBERT, *Traité*, Nr. 1326; DOMINICE, S. 31; WILHELM, S. 185

¹⁵⁰⁸ BGE 102 Ia 317, S. 319, *Lanusse c. Ministère public fédéral*, vom 14. Juli 1976

¹⁵⁰⁹ BGE 106 Ib 400, S. 402, *Lorenzo Bozano c. Ministère public de la Confédération*, vom 13. Juni 1980

¹⁵¹⁰ BGE 122 II 485, S. 487 E. 3a, S. c. *Office fédéral de la police*, vom 1. November 1996; vgl. die (zustimmende) Kommentierung EPINEYS in der AJP 3/1997, S. 350-353 und die Entgegnung HANGARTNERS, *Ende oder Weiterführung der Schubert-Praxis?*, in der AJP 5/1997, S. 634-635. Ähnlich zuvor BGE 122 II 234, S. 239 E. 4e, *Schweizerischer Bund für Naturschutz (SBN), Schweizer Heimatschutz (SHS), World Wildlife Fund Schweiz (WWF) et al. c. Regierungspräsidium Freiburg i. Br. und Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt*, vom 27. Juni 1996; vgl. dazu den Kommentar HOFFMANN

¹⁵¹¹ Anm.: - européenne d'extradition (= EueA)

¹⁵¹² Anm.: - destiné à compléter la Convention (Vertrag vom 13. November 1969 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über die Ergänzung des

principe de la primauté du droit international sur le droit interne découle de la nature même de la règle internationale, hiérarchiquement supérieure à toute règle interne, de sorte que l'argument tiré de la lex posterior est inapplicable (...) ». Und so gibt es noch viele Entscheide, immer im Auslieferungsrecht, in denen das Bundesgericht den bedingungslosen Vorrang des Völkervertragsrechts über jedes entgegenstehende Landesrecht, selbst das jüngere Gesetz, vertritt ¹⁵¹³. Allerdings behält das betroffene Gesetz ¹⁵¹⁴ ausdrücklich die internationalen Abkommen vor, und zudem stellen die Auslieferungsverträge eine *lex specialis* dar ¹⁵¹⁵. Die Äusserungen des Bundesgerichts zum Rang des Völkerrechts sind also nur *obiter dicta*. Aus den Entscheiden zum Auslieferungsrecht lässt sich deshalb nicht schliessen, dass das Bundesgericht internationalen Abkommen generell Vorrang einräumt ¹⁵¹⁶. 1993 hatte es in *M. c. Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich* vielmehr erklärt: „Wohl geht nach heute herrschender Auffassung älteres Staatsvertragsrecht dem jüngeren Bundesgesetzesrecht grundsätzlich vor. Das muss aber nicht in jedem Fall so sein. Es ist vielmehr eine von der urteilenden Behörde zu entscheidende Rechtsfrage, ob der Staatsvertrag oder das Bundesgesetz vorgehe.“ ¹⁵¹⁷ Und tatsächlich liess das Bundesgericht in einem sechs Tage nach dem Entscheid S. ergangenen Urteil i.S. *B. M. u. M.* dann offen, ob die dortige Rechtsprechung „in ihrer ganzen Tragweite auf den Bereich des Zivilrechts zu übertragen ist und welche Konsequenzen sich insgesamt daraus ergeben“ ¹⁵¹⁸. 1999, in Sachen *X. c. Verwaltungsgericht des Kantons Zug*, bezeichnete es die Erwähnung des Völkerrechtsvorrangs insofern als blosses *obiter dictum*, als Art. 1 Abs. 1 IRSG internationale Vereinbarungen gegenüber dem Gesetzesrecht ohnehin ausdrücklich vorbehalte, doch zeige diese Erwähnung an, „wie das Bundesgericht den Konflikt zwischen Bundesgesetz und Völkerrecht dereinst zu lösen gewillt sein könnte, wenn er denn einmal einträte“ ¹⁵¹⁹.

411. *Baumann & Co.*- Man findet auch in anderen Bereichen als der Auslieferung Entscheide, wo das Bundesgericht den Vorrang des Völkerrechts anzuerkennen scheint.

Europäischen Auslieferungsübereinkommens vom 13. Dezember 1957 und die Erleichterung seiner Anwendung; SR 0.353.913.61)

¹⁵¹³ vgl. JACOT-GUILLARMOD, *Fondements*, S. 227-228, sowie die Hinweise bei WILHELM, S. 184-185

¹⁵¹⁴ nun Art. 1 Abs. 1 IRSG

¹⁵¹⁵ AUBERT, *L'autorité*, S. 278-279, u. *Traité*, Nr. 1326; WILHELM, S. 185-186; HANGARTNER, *Völkerrecht*, S. 670

¹⁵¹⁶ vgl. AUBERT, *Traité*, ad Nr. 1326 (1982); vgl. SIEGENTHALER, S. 218-219; s. auch WILHELM, S. 185, m. w. Hinw. in Anm. 612

¹⁵¹⁷ BGE 119 IV 65, S. 71 E. 2b, vom 12. Februar 1993

¹⁵¹⁸ BGE 122 III 414, S. 416 E. 3a, *B. M. u. M. c. Direktion des Innern des Kantons Zürich*

¹⁵¹⁹ BGE 125 III 209, S. 218 E. 6e, *A. X., B. Y. X. und C. X. c. Verwaltungsgericht des Kantons Zug*, vom 23. März 1999

Stellvertretend sei die Sache *Baumann*, vom 31. Mai 1922 ¹⁵²⁰, erwähnt, wo das Bundesgericht zu entscheiden hatte, ob ein während des 1. Weltkriegs erlassener französischer Ministerialerlass die französischen Bahnen von der Haftung (*in casu* für wegen eines undichten Wagendaches verdorbenes Bananenmehl) gemäss dem internationalen Warentransportübereinkommen vom 14. Oktober 1890 befreie. Es verneinte dies und wies darauf hin, „*dass das Übereinkommen als Staatsvertrag zwischen den beteiligten Staaten internationales Vertragsrecht schafft, das dem Landesrecht vorgeht, soweit das letztere in der Konvention nicht vorbehalten wird. Daraus folgt, dass ein am Abkommen beteiligter Staat es nicht einseitig ausser Kraft setzen und die Haftung seiner Bahnen einseitig beschränken kann, und zwar auch nicht für den Kriegsfall, soweit nicht das Übereinkommen besonderer Vorbehalte macht.*“ Für JACOT-GUILLARMOD ist dieser Entscheid ein Beispiel für die gute alte Zeit, da das Bundesgericht „ohne zu zögern“ dem Völkerrecht Vorrang einräumte, „*le plus naturellement du monde*“ ¹⁵²¹. Dagegen veranlasste diese Rechtsprechung AUBERT zu „*deux remarques*“. Der vertragswidrige Akt hatte erstens nur den Rang einer Verordnung. Er war sogar nur ein ministerieller Erlass: « *Il est difficile de conjecturer ce que le Tribunal fédéral aurait pensé d'une loi du Parlement.* » Zweitens war er ein ausländischer Erlass: « *Le Tribunal fédéral aurait peut-être éprouvé plus de scrupules à ignorer un texte du législateur suisse.* » ¹⁵²²

412. *Spengler etc.*- Manche sahen auch im über neunzigjährigen Entscheid *Spengler* ¹⁵²³ eine kategorische Anerkennung des Grundsatzes des Vorrangs des Völkervertragsrechts über die Bundesgesetze ¹⁵²⁴. Tatsächlich erwog das Bundesgericht dort: « *(...) les dispositions de cette convention (de La Haye du 12 juin 1902 pour régler la tutelle des mineurs) font règle pour la Suisse comme pour les autres Etats et elles doivent primer, en cas de collision, sur les dispositions de la loi suisse sur les rapports civils; cela résulte du fait même que cette convention internationale lie les Etats contractants, en vertu des principes universellement admis du droit des gens, et sans égard à leur législation nationale respective.* » Doch war der Staatsvertrag hier nicht nur jüngerer, sondern auch spezielles Recht. Aus Entscheiden wie diesem lässt sich deshalb keine Kollisionsregel ableiten ¹⁵²⁵.

¹⁵²⁰ BGE 48 II 260, S. 261, *Baumann c. Im Obersteg & Cie*; ebenso BGE 49 II 360, *Chemins de fer d'Alsace-Lorraine c. Bronner & Cie*, vom 11. Oktober 1923

¹⁵²¹ JACOT-GUILLARMOD, *L'application directe*, S. 141 u. 143

¹⁵²² AUBERT, *L'autorité*, S. 279

¹⁵²³ BGE 35 I 467, S. 473, *René Chabannes c. Chambre des tutelles du canton de Genève et Spengler*, vom 10. Juni 1909

¹⁵²⁴ LARDY, S. 211-212

¹⁵²⁵ WILHELM, S. 190-191; s. *ibid.* u. S. 201-202 f. w. Hinw.

413. *Schlussfolgerungen und Konsequenz.*- An den bis hierher zitierten Entscheiden lässt sich einzig zeigen, wie die Entscheide des Bundesgerichts verschieden gewertet werden können. Manche Autoren legen das Gewicht auf die Grundsatzerklärungen des Bundesgerichts, dass das Völkerrecht Vorrang geniesse, andere Autoren weisen dagegen auf die konkreten Umstände des Falls hin: Das vertragswidrige Bundesgesetz war das ältere (*Spengler*) oder allgemeinere Recht (*Spengler, Lanusse*), oder es behielt entgegenstehende Verträge vor (*Lanusse*); der vertragswidrige Erlass hatte nur Verordnungsrang und war ein ausländischer Akt (*Baumann*) ¹⁵²⁶. Tatsächlich ist mit Entscheiden, in denen die Lösung des Normenkonflikts auch mit herkömmlichen Kollisionsregeln (*lex posterior, specialis, reservata, superior, remissa*) erklärt werden kann, nicht auszumachen, ob das Bundesgericht dem völkerrechtlichen Vertrag stets Vorrang vor dem Gesetz einräumt. Man kann daraus höchstens schliessen, dass Vertrag und Gesetz gleichrangig sind ¹⁵²⁷. Das Bundesgericht hat denn auch im Laufe seiner Rechtsprechung Ausnahmen vom Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts entwickelt. Es vermeidet jedoch wenn möglich eine solche Konfliktlösung; nachfolgend ist daher auf die auch hierzulande gängige Praxis der völkerrechtskonformen Auslegung einzugehen:

414. *Die völkerrechtskonforme Auslegung. Frigerio.*- Das Bundesgericht greift recht häufig auf diese Methode zurück ¹⁵²⁸. Sie ist Ausdruck der – nicht uneigennütigen, n° 346 –Völkerrechtsfreundlichkeit der Schweiz ¹⁵²⁹ und mit Art. 5 Abs. 4 BV von Verfassungs wegen ausdrücklich geboten (vgl. n° 338). Man könnte darin sogar den Vorrang des Völkerrechts bestätigt sehen, da die interne Norm der internationalen angepasst wird und nicht umgekehrt. Das Anwendungsgebot von Art. 191 BV steht übrigens einer völkerrechtskonformen Interpretation nicht entgegen, da diese Bestimmung verlangt, dass die Bundesgesetze in ihrer korrekten Bedeutung angewendet werden ¹⁵³⁰.

Das Bundesgericht legt Bundesgesetze schon lange völkerrechtskonform aus (vgl. aber für die EMRK n° 426) ¹⁵³¹. Doch erst 1968 erklärte das Bundesgericht dies

¹⁵²⁶ vgl. f. w. Bsp. WILHELM, S. 186-187, und Gemeinsame Stellungnahme, S. 431-432

¹⁵²⁷ so AUBERT, *L'autorité*, S. 286: « *C'est un fait, comme disait feu M. FELDMANN (Bundesrat 1951-1958), que la Suisse met le traité au niveau de la loi, ni plus haut, ni plus bas.* »

¹⁵²⁸ s. Gemeinsame Stellungnahme, S. 432

¹⁵²⁹ CAYTAS, S. 21-22; WILDHABER/BREITENMOSER, S. 198

¹⁵³⁰ HANGARTNER, *Völkerrecht*, S. 671; vgl. COTTIER/PANNATIER, SJK 385, S. 10

¹⁵³¹ z.B. schon in BGE 38 I 551, S. 603, *Brandt c. Zürich*, vom 20. Dezember 1912; aus der jüngeren Rechtsprechung, s. BGE 125 III 209, S. 215-216 E. 4c, *A. X., B. Y. X. und C. X. c. Verwaltungsgericht des Kantons Zug*, vom 23. März 1999, m. w. Hinw.; BGE 124 II 527, *Z. & consorts c. A. & consorts*, vom 11. Juni 1998

(in Vermeidung einer Stellungnahme zur Rangfrage) im Entscheid *Frigerio* ¹⁵³² ausdrücklich zur Pflicht: „*Es genügt festzuhalten, dass der Bundesgesetzgeber gültig abgeschlossene Staatsverträge gelten lassen will, sofern er nicht ausdrücklich in Kauf nimmt, dass völkerrechtswidriges Landesrecht zustande komme. Im Zweifel muss innerstaatliches Recht völkerrechtskonform ausgelegt werden; d.h. so, dass ein Widerspruch mit dem Völkerrecht nicht besteht. Diese Auslegungsregel erlaubt es, Konflikte zwischen den beiden Rechtsordnungen meistens zu vermeiden; sie entspricht den neuen Strömungen in Frankreich, in der Bundesrepublik Deutschland und in den Niederlanden (...). Zum gleichen Ergebnis kommt grundsätzlich auch der Bundesrat (...)*“

Grenze der völkerrechtsfreundlichen Auslegung ist der richtig verstandene Sinn des Gesetzes, wie er sich aus dem Willen der Legislative ergibt. Die völkerrechtskonforme Auslegung erlaubt es also, Spannungen zwischen Vertrag und Gesetz zu lösen, nicht aber, eigentliche Konflikte zu beseitigen. In diesem Falle würde die völkerrechtskonforme Auslegung zu einer verfassungswidrigen Sinnänderung des Bundesgesetzes führen ¹⁵³³.

415. *Die Ausnahmen vom Grundsatz.*- Das Bundesgericht hat zahlreiche Entscheide gefällt, bei denen es zwischen der Anwendung eines internationalen Abkommens und eines Bundesgesetzes entscheiden musste. Die Entwicklung dieser Rechtsprechung kann in drei Phasen eingeteilt werden ¹⁵³⁴: Eine erste Phase bis zum Entscheid *Steenworden*, vom 17. Juli 1933 ¹⁵³⁵; eine zweite bis zum am 2. März 1973 gefällten Urteil i.S. *Schubert* ¹⁵³⁶; und schliesslich eine dritte Phase bis zu *A. c. Schweizerischer Bundesrat*, vom 26. Juli 1999 ¹⁵³⁷.

416. *1. Die Rechtsprechung bis Steenworden (1933).*- Bis zum Steenworden-Entscheid war das Bundesgericht nie mit einem unauflösbaren Konflikt von völkerrechtlichem Vertrag und Bundesgesetz konfrontiert worden ¹⁵³⁸. In zwei Fällen – in den Jahren 1881 und 1895 – gab es zwar dem Vertrag Vorrang vor dem späteren

¹⁵³² BGE 94 I 669, S. 678-679 E. 6a, *Frigerio c. Eidg. Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement*, vom 22. November 1968

¹⁵³³ HANGARTNER, *Völkerrecht*, S. 671; BGE 125 III 209, S. 215-216 E. 4c, *A. X., B. Y. X. und C. X. c. Verwaltungsgericht des Kantons Zug*, vom 23. März 1999; 123 II 9, S. 11 E. 2, *C. c. Steuerverwaltung des Kantons Basel-Landschaft*, vom 11. Dezember 1996

¹⁵³⁴ vgl. DOMINICE, S. 30-32; SCHINDLER, *Die Schweiz und das Völkerrecht*, S. 114; WILHELM, S. 188

¹⁵³⁵ BGE 59 II 331, *Steenworden c. Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique*

¹⁵³⁶ BGE 99 Ib 39, *Schubert c. Commissione cantonale ticinese di ricorso per l'applicazione del DF 23 marzo 1961 concernente l'acquisto di beni da parte di persone all'estero*

¹⁵³⁷ BGE 125 II 417

¹⁵³⁸ AUBERT, *L'autorité*, S. 280; LARDY, S. 210-214; DOMINICE, S. 30-31; eingehend WILHELM, S. 188-194

Gesetz, doch waren die Vertragsbestimmungen jeweils die speziellen Normen¹⁵³⁹. Jedenfalls kann man aber festhalten, dass es während dieser ersten Phase wohl eine Selbstverständlichkeit war, dass völkerrechtliche Verträge dem Landesrecht vorgehen; das Bundesgericht bekannte sich wiederholt zum Vorrang der Völkerrechts¹⁵⁴⁰. So konnte BURCKHARDT die „*Auffassung der rechtsanwendenden Behörden*“ 1915 folgendermassen beschreiben¹⁵⁴¹: „*Wenn ein späteres Gesetz dem Wortlaute nach einem früheren Verträge widerspricht, wird kein Richter und keine Verwaltungsbehörde die Frage aufwerfen, ob wohl das Gesetz den Vertrag bestehen lassen wolle und ob der Grundsatz: *lex posterior generalis non derogat legi anteriori speciali* zutreffe, sondern er wird erklären, dass Verträge durch Gesetze nicht aufgehoben werden können und deshalb das Vertragsrecht weiter gilt.*“

417. *Steenworden.*- 18 Jahre später ging aber das Bundesgericht genau so vor, wie dies nach BURCKHARDT kein Richter und keine Verwaltungsbehörde tat. Es hatte sich mit der Berufung von Henri Steenworden zu befassen, der am 10. März 1933 auf Klage der Gesellschaft der Urheber, Komponisten und Verleger musikalischer Werke hin vom Genfer Zivilgericht zur Bezahlung von Urheberrechtsgebühren verurteilt worden war. Steenworden hatte im Januar 1932 damit begonnen, die Gäste der von ihm betriebenen *café-brasserie* in Genf mit Konzerten ab Schallplatte zu unterhalten und weigerte sich, dafür Urheberrechtsgebühren zu bezahlen. Eine solche war gemäss Art. 21 des schweizerischen Urheberrechtsgesetzes vom 7. Dezember 1922¹⁵⁴² nicht geschuldet, noch war nach dieser Bestimmung eine Bewilligung nötig. Eine Bewilligung wird dagegen von Art. 13 der Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst vom 9. September 1896, revidiert in Berlin am 9. September 1908 und in Rom am 2. Juni 1928, gefordert¹⁵⁴³. Das Bundesgericht ging diesem Widerspruch nun gar nicht weiter nach: « *Au point de vue interne, en effet* », führte es aus, « *les conventions internationales n'ont pas d'autre valeur qu'une loi quelconque régulièrement votée et promulguée (RO 49 I p. 196). Si donc il y avait opposition entre une loi fédérale et une convention internationale réglant le même objet, la convention ne devrait pas forcément être préférée à la loi. L'une et l'autre ayant une portée identique au point de vu législatif interne, leur opposition devrait être résolue comme une opposition entre deux textes de loi contradictoires, en vertu de la maxime *lex**

¹⁵³⁹ BGE 7 774, S. 783, *Riesow c. Obergericht des Kantons Thurgau*, vom 3. Dezember 1881, und BGE 21 705, S. 710 E. 3, *Caudéran c. Nanzer*, vom 10. Juli 1895; WILHELM, S. 193

¹⁵⁴⁰ s. etwa die Entscheide *Baumann und Spengler*, zit. in n° 411 u. 412; KÄLIN, *Geltungsgrund*, S. 57-58, u. *Spannungsverhältnis*; WILHELM, S. 193

¹⁵⁴¹ WALTHER BURCKHARDT, *Die staatsrechtliche Wirkung der Staatsverträge*, in: Aufsätze und Vorträge 1910-1938, Bern 1970, S. 187-188; zit. in KÄLIN, *Geltungsgrund*, S. 58

¹⁵⁴² SR 231.12; die Bestimmung wurde 1955 aufgehoben, s. AS 1923, S. 65

¹⁵⁴³ SR 0.231.12

posterior derogat priori. Conformément à cette maxime, le traité récent abroge ipso jure les dispositions contraires de la loi antérieure et, inversement, la loi récente paralyse l'application en Suisse des dispositions contraires d'un traité plus ancien (FLEINER, Schweizer. Bundesstaatsrecht, p. 758). Or la loi fédérale du 7 décembre 1922 est postérieure à la Convention de Berne révisée à Berlin. Si donc il y a divergence entre l'Art. 13 de la Convention et l'Art. 21 de la loi, c'est celui-ci qui doit l'emporter (...). » Das Bundesgericht fügte hinzu, dass die Übereinkunft zwar noch nach dem Gesetz, nämlich 1928, revidiert worden sei, doch seien dabei an Art. 13 nur formale Änderungen vorgenommen worden, so dass dieser die ältere Bestimmung bleibe¹⁵⁴⁴. So konnte Henri Steenworden seine Gäste weiterhin gebühren- und bewilligungsfrei unterhalten.

Das Bundesgericht beruft sich im Steenworden-Entscheid auf das Urteil *Lepeschkin*¹⁵⁴⁵ und FRITZ FLEINER¹⁵⁴⁶, um die Gleichrangigkeit von Vertrag und Gesetz nachzuweisen. Wie erinnerlich hatte es in *Lepeschkin*, beeinflusst durch dualistische Autoren, die Auffassung vertreten, der Genehmigungsbeschluss der Bundesversammlung bestimme den Rang des völkerrechtlichen Vertrags (vgl. n° 386). Zu den Dualisten gehörte auch FLEINER¹⁵⁴⁷.

418. 2. Die Rechtsprechung bis Schubert (1973).- Der Dualismus hat in der Schweiz zwar nie Fuss gefasst. Doch trotz dieser fremden Wurzeln scheint Steenworden fast siebzehn Jahre lang die Praxis des Bundesgerichts beeinflusst zu haben. Denn in der Folge dieses Entscheides vermied das Bundesgericht lange eine Stellungnahme zur Rangfrage und löste die Konflikte nach der Lex-specialis- oder -posterior-Regel oder durch vertragskonforme Auslegung¹⁵⁴⁸. Erst im Entscheid *Kanton Thurgau c. Lang*, vom 27. Januar 1950, wagte es in Rückkehr zur früheren Rechtsprechung wieder die Aussage, dass „das Staatsvertragsrecht dem Bundesrecht vorgeht“, wobei die derogierte Bestimmung allerdings nur eine Verordnung des Bundesrates war¹⁵⁴⁹. In *Frigerio* (1968; s. *supra*, n° 414) liess das Bundesgericht die Rangfrage dann aber wieder ausdrücklich offen, da das spätere Gesetz vertragskonform ausgelegt werden konnte¹⁵⁵⁰.

¹⁵⁴⁴ BGE 59 II 331, S. 337-338, *Steenworden c. Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique*, vom 17. Juli 1933

¹⁵⁴⁵ BGE 49 I 188, *Lepeschkin c. Zürcher Obergericht*, vom 2. Februar 1923

¹⁵⁴⁶ FRITZ FLEINER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Tübingen 1923, S. 758

¹⁵⁴⁷ vgl. KÄLIN, *Geltungsgrund*, S. 59, u. WILHELM, S. 196

¹⁵⁴⁸ COTTIER/PANNATIER, SJK 385, S. 14

¹⁵⁴⁹ BGE 76 IV 43, S. 49 E. 2

¹⁵⁵⁰ s. auch WILDHABER, *Bemerkungen zum Fall Frigerio c. EVED*, ZSR 1969, S. 537 ff., und WILHELM, S. 200

419. *Schubert*.- Konnte das Bundesgericht in *Frigerio* noch ohne Folgen auf den Willen der Bundesversammlung abstellen, da diese den völkerrechtlichen Vertrag nicht derogieren wollte, so konnte es in *Schubert c. Commissione cantonale ticinese di ricorso per l'applicazione del DF 23 marzo 1961 concernente l'acquisto di beni da parte di persone all'estero*, vom 2. März 1973 ¹⁵⁵¹, die Rangfrage nicht mehr solcherart umschiffen – und fällte ein Urteil, das auch nach bald dreissig Jahren sowohl *leading case* ¹⁵⁵² als auch „*bête noire des internationalistes et des Européens en Suisse*“ (JACOT-GUILLARMOD) ¹⁵⁵³ ist.

Ausgelöst wurde es aus einem durchaus privaten Anlass: Der Wiener Ernst Schubert war Eigentümer eines Hauses in Brissago und kaufte 1972 ein angrenzendes Grundstück, um einen Baumgarten anzulegen und eventuell das Haus zu vergrössern. Doch die Tessiner Behörden verweigerten ihm die vom Bundesbeschluss über die Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland von 1961/1970 ¹⁵⁵⁴ vorgeschriebene Bewilligung, da er keine berechtigten Interessen im Sinne von Art. 6 des Bundesbeschlusses habe. Schubert gelangte darauf mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht. Er machte geltend, der Bundesbeschluss verstosse gegen den das Inländerprinzip vorsehenden Art. 2 des Vertrags zwischen der Schweiz und der österreichisch-ungarischen Monarchie zur Regelung der Niederlassungsverhältnisse von 1875 ¹⁵⁵⁵, der als *lex specialis* vorgehe.

Das Bundesgericht zitierte nun den *Frigerio* - Entscheid und bekräftigte, es sei davon auszugehen, dass der Bundesgesetzgeber gültig abgeschlossene völkerrechtliche Verträge gelten lassen wolle, sofern er nicht absichtlich völkerrechtswidriges Landesrecht erlasse; deshalb sei vom Grundsatz der völkerrechtskonformen Auslegung auszugehen, um Konflikte zwischen den beiden Rechtsordnungen zu vermeiden. „*Tale principio*“, fuhr es fort, „*che, come illustrato nella citata sentenza, consente di evitare di regola veri e propri conflitti tra i due diritti, va mantenuto. Esso riconosce, in linea di massima ed ove sussista un autentico conflitto, la prevalenza del diritto internazionale, sia esso anteriore o posteriore alla norma del diritto interno. La possibilità d'una eventuale e consapevole deroga da parte del legislatore, fonte suprema del diritto interno, consente di mitigare certi rigori e di salvaguardare in pratica determinati*

¹⁵⁵¹ BGE 99 Ib 39

¹⁵⁵² WILHELM, S. 210-211

¹⁵⁵³ JACOT-GUILLARMOD, *Le juge national face au droit européen. Perspective suisse et communautaire*, Basel/Frankfurt a.M./Brüssel 1993, S. 144

¹⁵⁵⁴ AS 1961 203; 1965 1239; 1970 1199; abgelöst durch das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, vom 16. Dezember 1983 (BewG; SR 211.412.41)

¹⁵⁵⁵ Vertrag zwischen der Schweiz und der österreichisch-ungarischen Monarchie zur Regelung der Niederlassungsverhältnisse, Befreiung vom Militärdienst und den Militärsteuern, gleichmässigen Besteuerung der beiderseitigen Staatsangehörigen, gegenseitigen unentgeltlichen Verpflegung in Krankheits- und Unglücksfällen und gegenseitigen kostenfreien Mitteilung von amtlichen Auszügen aus den Geburts-, Trauungs- und Sterberegistern, vom 7. Dezember 1875 (SR 0.142.111.631)

imperiosi interessi. Una siffatta deroga consapevole, pur non potendo, ove sussista effettivamente, modificare la sfera dei diritti e degli obblighi dello Stato nell'ambito della comunità internazionale, è determinante nell'ordinamento interno e vincola il Tribunale federale (art. 113 cpv. 3 CF)."¹⁵⁵⁶ Die Bundesversammlung habe die völkerrechtlichen Aspekte des Bundesbeschlusses bei dessen Verabschiedung im Jahre 1961 ebenso wie bei dessen sukzessiver Erneuerung 1965 und 1970 ausführlich diskutiert, und sie sei sich bewusst gewesen, dass die darin vorgesehene Bewilligungspflicht insbesondere in Bezug auf internationale Abkommen, welche das Inländerprinzip vorsehen, problematisch sein könnte. Deshalb sei nicht weiter darauf einzugehen, ob der Bundesbeschluss gegen den Vertrag mit Österreich verstosse: Gleichviel ob die Parlamentarier gedacht hätten, dies sei nicht der Fall, wie eminente Juristen behaupteten, oder ob sie überzeugt gewesen seien, der Bundesbeschluss dränge sich aus zwingenden Gründen auf – entscheidend sei einzig, dass die Bundesversammlung der Ansicht gewesen sei, eine mögliche Verletzung gewisser Bestimmungen eines völkerrechtlichen Vertrages rechtfertige nicht einen Verzicht auf eine Bewilligungspflicht für im Ausland wohnhafte Personen. *“Essendo pacifico che l'Assemblea federale era cosciente dell'eventuale rilevanza sotto il profilo del diritto internazionale della regolamentazione da essa posta in essere, non incombe al Tribunale federale d'analizzare tale aspetto.”* Der Vertrag berühre daher die Geltung des Bundesbeschlusses nicht, der gemäss Art. 113 Abs. 3 aBV angewendet werden müsse¹⁵⁵⁷.

In der Folge dieses Entscheids nahm Österreich diplomatische Gespräche mit der Schweiz auf, die ergebnislos verliefen. Der österreichische Bundeskanzler erklärte daraufhin, zwei Jahre nach *Schubert*, dass Art. 2 des Abkommens in Übereinstimmung mit den allgemein anerkannten völkerrechtlichen Grundsätzen bis auf Widerruf nicht mehr anwendbar sei¹⁵⁵⁸.

420. *Beurteilung.*- Gegen diese Rechtsprechung wurde zunächst eingewendet, dass die Unterscheidung zwischen bewussten und unbewussten Völkerrechtsverletzungen durch die Bundesversammlung kaum praktikabel erscheine¹⁵⁵⁹. Doch begnügte sich das Bundesgericht ja sogar damit, dass die Bundesversammlung das Problem angesprochen und dennoch vertragswidrig legiferiert hatte; damit betrachtete es das Bundesgericht nicht mehr als seine Sache, sich zu der Frage zu äussern. Es gestand also

¹⁵⁵⁶ BGE 99 Ib 39, S. 43-44

¹⁵⁵⁷ *ibid.*, S. 44-45

¹⁵⁵⁸ s. den Notenwechsel vom 28. April/9. Mai 1975 zwischen der Österreichischen Botschaft in Bern und dem EPD betreffend Suspendierung von Artikel 2 des Niederlassungsvertrages, SR. 0.142.111.631.2; „Das Departement“ benützte übrigens „auch diesen Anlass, um die Botschaft seiner ausgezeichneten Hochachtung zu versichern.“

¹⁵⁵⁹ MÜLLER, *Völkerrecht*, S. 225 Anm. 8; GRISEL, *A propos*, S. 392; vgl. WILHELM, S. 205 u. COTTIER/PANNATIER, SJK 385, S. 16

der Legislative eine Vormacht zu, die grundsätzlich durchaus verfassungskonform ist (Art. 71 aBV; nun Art. 148 Abs. 1 BV). Das Bundesgericht begründete seinen Entscheid denn auch mit Art. 113 Abs. 3 aBV (191 BV), der ja die Bundesversammlung vor einer richterlichen Kontrolle schützen soll (n° 404). Man beachte, dass das Bundesgericht aus dieser Bestimmung nicht den Schluss gezogen hat, Vertrag und Gesetz seien ranggleich: Es hat – anders als in *Steenworden* – nicht die Lex-posterior-Regel angewandt, die zum selben Ergebnis geführt hätte. Vielmehr hat es den grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts wiederum anerkannt, „*sia esso anteriore o posteriore alla norma del diritto interno*“¹⁵⁶⁰. Doch hat das Bundesgericht aus ihr offenbar abgeleitet, dass im Konfliktfall die Auffassung der Legislative massgebend sein soll. Diese Lösung ist unter dem Blickwinkel der historischen Auslegungsmethode korrekt (vgl. n° 404)¹⁵⁶¹.

Doch indem es sich nur auf die historische Interpretation stützte, tat das Bundesgericht dem Gewaltenteilungsprinzip etwas unrecht¹⁵⁶². Es schöpfte nämlich seine verfassungsmässigen Kompetenzen gegenüber dem Parlament nicht aus. Die Judikative muss die Vorherrschaft des Rechts sicherstellen. Sie ist dabei an die Verfassung gebunden, die ihr in der Schweiz zweifelsohne die Anwendung der internationalen Abkommen und der Bundesgesetze gebietet. Doch lässt die Verfassung offen, welche der beiden Regelwerke im Konfliktfall anzuwenden ist. Nun gibt es aber ein überall anerkanntes Prinzip des Gewohnheitsrechts, das für die Beziehungen zwischen Privaten ebenso gilt wie zwischen Staaten, und das von niemandem in Zweifel gezogen wird, da es auch eine grundlegende moralische Regel darstellt: Das Prinzip *pacta sunt servanda* – der Grundsatz, dass man sein Wort halten soll, und den das Parlament mit der Genehmigung des WVÜ bekräftigt hat. Es ist erstaunlich, dass das Bundesgericht diese fundamentale Norm nicht erwähnt, um so mehr, als gar nicht klar war, ob das Parlament gegen sie verstossen wollte. Als Hüter der Rechtsordnung (Art. 106 Abs. 1 aBV bzw. nun 188 Abs. 1 BV) wäre es für das Bundesgericht das Mindeste gewesen, von der Bundesversammlung in den Erwägungen zu verlangen, den Bundesrat mit einer Motion zur Kündigung des betroffenen Vertrags aufzufordern (n° 467), bevor sie einen widersprechenden allgemeinverbindlichen Beschluss erlässt, und solange die Anwendung dieses Beschlusses zu suspendieren¹⁵⁶³. Der Wille der Bundesversammlung wäre so oberstes Gesetz geblieben, nur hätte er eine Verfahrensvorschrift einhalten müssen (zu unkündbaren Verträgen, vgl. *supra*, n° 377; zur Möglichkeit einer sofortigen Nichtanwendung einer Vertragsbestimmung s. *infra*, n° 423). Es wäre wünschenswert gewesen, wenn das Bundesgericht von der

¹⁵⁶⁰ BGE 99 Ib 39, S. 43-44; KÄLIN, *Geltungsgrund*, S. 61-62

¹⁵⁶¹ HANGARTNER, *Völkerrecht*, S. 674

¹⁵⁶² vgl. AUBERT, *Traité*, Nr. 1236-1239

¹⁵⁶³ AUBERT, *Traité*, ad Nr. 1326

Bundesversammlung diese kleine Anstrengung gefordert hätte; das internationale Ansehen der Schweiz und die Kohärenz der Rechtsordnung hätten davon profitiert ¹⁵⁶⁴. Ein solches Vorgehen würde sich zudem in die Rechtsprechungspraxis einfügen, in Einzelfällen auf die Anwendung eines Bundesgesetzes zu verzichten, um verfassungsrechtlichen Geboten zum Durchbruch zu verhelfen, deren Ziel die Realisierung der Einzelfallgerechtigkeit ist, wie dem Prinzip von Treu und Glauben, dem Gleichbehandlungsgrundsatz, dem Grundsatz der Nichtrückwirkung von Gesetzen oder dem Schutz wohlervorbener Rechte ¹⁵⁶⁵. Allerdings, so wie in diesen Fällen das Bundesgesetz dennoch angewendet werden muss, wenn sich dies zwingend aus dem Gesetz selbst ergibt ¹⁵⁶⁶, so müsste dies wegen der verfassungsrechtlich festgelegten Vorrangstellung des Parlaments auch bei vertragswidrigen Gesetzen gelten ¹⁵⁶⁷. Die hier dargestellte Lösung wählte das Bundesgericht schliesslich im Entscheid *A.*; s. n° 427.

Im Übrigen wählt die Bundesversammlung die Mitglieder des Bundesgerichts (Art. 107 Abs. 1 aBV / Art. 168 Abs. 1 BV). Sie könnte ihre Unzufriedenheit mit einer Nichtwiederwahl der Richterinnen und Richter zeigen ¹⁵⁶⁸.

¹⁵⁶⁴ ähnlich AUBERT, *Traité*, ad Nr. 1326; vgl. auch ACHERMANN, S. 70-71. Dagegen vertritt KÄLIN (s. *Geltungsgrund*, S. 63-64, *Schubert*, S. 76-77 u. *Verfahren*, S. 36-37) die Auffassung, das Bundesgericht sei aus faktischen Gründen an den klaren Willen von Bundesrat und Parlament, aus politischen Gründen gegen Völkerrecht zu verstossen, gebunden. Es sollte jedoch in einer solchen Zwangslage entweder in einem Appellurteil zwar die Völkerrechtswidrigkeit des Erlasses feststellen, aber unter Hinweis auf den Grundsatz der Gewaltenteilung nicht aufheben, oder aber nach dem Vorbild der amerikanischen Political-Question-Doktrin auf einen Entscheid verzichten, damit die Verantwortung für die Völkerrechtsverletzung klar dem Bundesrat und dem Parlament zugewiesen und nicht der Eindruck erweckt werde, völkerrechtswidrige Bundesgesetze seien rechtsstaatlich unbedenklich. Vgl. zögernd zustimmend EPINEY (*Primat*, S. 558 Anm. 115 u. S. 559 Anm. 123), ablehnend SEILER (*Noch einmal*, S. 453-454) und THÜRER (die Frage offen lassend in *Bundesverfassung und Völkerrecht*, Rz. 15 Anm. 35, und für einen generellen Vorrang des Völkerrechts mit Abwägungsvorbehalt in *Verfassungsrecht*, Rz. 31); COTTIER/HERTIG, S. 15-17, m. w. Hinw.; ACHERMANN, S. 80-82. Vgl. n° 408. – Befürwortung hat der Schubert-Entscheid insbesondere bei ANDRÉ GRISEL (*Traité de droit administratif*, Bd. 1, Neuchâtel 1984, S. 92), SEILER (*Bundesgesetz*, S. 387 u. *Noch einmal*, S. 454; vgl. auch *Verfassung*, S. 313-314), HANGARTNER (*Völkerrecht*, S. 674-675, *Widerspruch, Verhältnis*, S. 205-206), COTTIER/PANNATIER (SJK 385, S. 17), COTTIER/WÜGER/ZELLWEGER (*Synthesebericht*, S. 26), COTTIER (*Synthesen*, S. 20-21) und THALMANN (S. 292) gefunden. Dieser Entscheid ist also keineswegs „*unaniment critiqué par la doctrine*“, wie AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Bd. I, Rz. 1279) schreiben.

¹⁵⁶⁵ vgl. dazu KÄLIN, *Verfahren*, S. 19-20; HALLER, *Art. 113*, Rz. 222-226, u. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1848, jeweils m. w. Hinw.

¹⁵⁶⁶ BGE 105 Ib 122, S. 125, *Baugesellschaft Zilemp c. Eidg. Volkswirtschaftsdepartement*, vom 27. Februar 1979; BGE 106 V 139, S. 143, *Ausgleichskasse des Kantons Zürich c. Keller International AG*, vom 3. September 1980; BGE 109 IV 131, S. 134 E. 5, *K. c. Tribunal de Sierre*, vom 18. Juli 1983; HALLER, *ibid.*, Rz. 224

¹⁵⁶⁷ Allerdings könnte man – wie bei der Kompetenzaufteilung zwischen Bundesversammlung, Bundesrat und Bundesgericht, bei welcher die Zuständigkeit der ersteren trotz ihrer Vorrangstellung nicht vermutet wird (vgl. AUBERT, *Traité*, Nr. 1239) – auch die Ansicht vertreten, die oberste Gewalt der Bundesversammlung sei schon durch deren Kompetenz, das Bundesgericht zu wählen, genügend berücksichtigt.

¹⁵⁶⁸ vgl. AUBERT, *Traité*, Nr. 1237 u. 1609

421. 3. Die Rechtsprechung bis A. c. Schweizerischer Bundesrat (1999).- Das Bundesgericht hat seither die Schubert-Rechtsprechung – trotz überwiegender Kritik seitens der Lehre ¹⁵⁶⁹ – wiederholt bestätigt ¹⁵⁷⁰.

In *Courtet* (1985) leitete das Eidgenössische Versicherungsgericht dabei den gesetzgeberischen Willen wie erwähnt (n° 400) von der Ansicht des Nationalrates ab, dass die betreffenden Abkommen keine neuen Verpflichtungen mit sich brächten, sowie davon, dass das Parlament im späteren UVG die konventionswidrige Regelung beibehielt und auch bei der Revision des IVG keine Anpassung vorgesehen war ¹⁵⁷¹. Es zog dann daraus nicht den Schluss, dass Art. 7 Abs. 1 IVG den Konventionen vorgehe, sondern dass diese nicht direkt anwendbar seien, und hielt fest, falls es einen Konflikt zwischen der völker- und der landesrechtlichen Regelung gebe, so sei es Sache der gesetzgebenden Gewalt, daraus seine Schlüsse zu ziehen, um so mehr, als es um einen der fundamentalen Grundsätze des schweizerischen Sozialversicherungsrechts gehe ¹⁵⁷²: Es verschob also das Problem von der Rang- auf die Anwendungsebene und spielte den Ball der Legislative zu, was ihm aber ebenso Kritik von Seiten der Lehre zuzog ¹⁵⁷³.

In *Wohnbau AG Giswil* (1986) löste das Bundesgericht den Konflikt wieder auf der Rangebene. Hier stand für das Bundesgericht fest, dass sich die Bundesversammlung der möglichen Verletzung von internationalem Recht bewusst war und diese in

¹⁵⁶⁹ s. insb. WILDHABER, *Bemerkungen zum Fall Schubert betreffend das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht*, SJIR 1974, S. 199-201; HANS HUBER, *Die verwaltungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1973*, ZbJV 1974, S. 493; MALINVERNI, *L'application de la Convention européenne des droits de l'homme en Suisse*, Mémoires publiés par la Faculté de droit de l'Université de Genève, Nr. 49, Genf 1976, S. 26-28; JACOT-GUILLARMOD, *La primauté*, S. 403-408; KÄLIN, *Geltungsgrund*, S. 60-64, *Schubert*, S. 75-77 u. *Verfahren*, S. 36-37; SALADIN, S. 81-82; HAEFLIGER, *Hierarchie*, S. 480; WILHELM, S. 204-210

¹⁵⁷⁰ BGE 111 V 201, S. 203 E. 2b, *Caisse de compensation du canton du Jura c. Courtet*, vom 23. Oktober 1985; BGE 112 II 1, S. 13 E. 8, *Wohnbau AG Giswil in Liquidation c. Kanton Obwalden*, vom 9. März 1986; BGE 115 II 401, *Sud-Provizel SA c. Kanton Graubünden*, vom 13. Oktober 1989; BGE 116 IV 262, S. 268-269, X. u. Y. c. *Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich*, vom 14. Juni 1990; BGE 117 IV 124, S. 128 E. 4b, *Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich c. K.*, vom 7. Juni 1991; BGE 117 Ib 367, S. 370 E. 2b, *Eidg. Steuerverwaltung c. Erben X.*, vom 15. November 1991; BGE 118 Ia 341, S. 353 E. 5, M. c. *Amt für Zivilschutz der Stadt Zürich*, vom 9. November 1992; BGE 119 V 171, S. 178-179 E. 4c, X. c. *Caisse cantonale valaisanne de compensation*, vom 25. August 1993; Bestätigung auch in BGE 125 III 209, S. 214-216 E. 4a-c, A. X., B. Y. X. und C. X. c. *Verwaltungsgericht des Kantons Zug*, vom 23. März 1999, wo allerdings keine Konventionsverletzung vorlag; vgl. ACHERMANN, S. 46-65

¹⁵⁷¹ BGE 111 V 201, S. 204-205, *Caisse de compensation du canton du Jura c. Courtet*, vom 23. Oktober 1985

¹⁵⁷² *ibid.*, S. 205

¹⁵⁷³ aber auch auf Zustimmung stösst: s. KÄLIN (Fn. 1564); COTTIER/HERTIG, S. 17 u. 28-29, und COTTIER/WÜGER/ZELLWEGER, *Synthesebericht*, S. 12. – S. die Hinweise in Fn. 1439; WILHELM (S. 212) ist der Ansicht, dass das Bundesgericht in *Courtet* im Unterschied zum Schubert-Entscheid nicht mehr einen bewussten Verstoss gegen Völkerrecht forderte, da die Räte diesen Aspekt gar nicht behandelt hätten. Doch schon in *Schubert* genügte dem Gericht, dass die Bundesversammlung die Frage der Völkerrechtswidrigkeit angesprochen hatte (n° 420). Vgl. auch PERRIN, *Droit international public*, S. 837.

Kauf genommen habe. Es sei daher nach Art. 113 Abs. 3 aBV gehalten, das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland ¹⁵⁷⁴ anzuwenden ¹⁵⁷⁵.

1989 erklärte das Bundesgericht die ausländisch beherrschte *Sud Provizel SA* für rechtswidrig, da sie gegründet worden war, um Personen mit Wohnsitz im Ausland in Umgehung der für sie geltenden Sonderbestimmungen den Erwerb von Grundstücken in der Schweiz zu ermöglichen ¹⁵⁷⁶. Es bestätigte damit das Urteil des Kantonsgerichts Graubünden, das die *Sud Provizel SA* für nichtig erklärt und den Erlös der Liquidation dieser Gesellschaft, die in Celerina zur Errichtung eines Mehrfamilienhauses ein Grundstück erworben hatte, dem Kanton Graubünden zugesprochen hatte. Der Bundesrat legte zur Beilegung des sich daraus ergebenden diplomatischen Konflikts mit Italien einen Vergleich vor, der heftige Reaktionen auslöste: Indem diese Lösung den Niederlassungsvertrag mit Italien einhielt, verstieß sie gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung; s. *infra*, n° 433 ¹⁵⁷⁷.

In *X. c. Caisse cantonale valaisanne de compensation* (1993) erklärte das Eidgenössische Versicherungsgericht in Abkehr von der in *Courtet* begonnenen Rechtsprechung die erwähnten vertraglichen Bestimmungen für direkt anwendbar, da der Ständerat 1991 einen Gesetzesentwurf zu einem allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts verabschiedet hatte, der die Sozialleistungen bei grobfahrlässigen Fehlern unberührt lässt, um den oben erwähnten internationalen Abkommen zu genügen, und auch das neue Militärversicherungsgesetz von 1992 den Bestimmungen der beiden Abkommen angepasst worden war, und räumte ihnen Vorrang vor dem UVG ein ¹⁵⁷⁸ – ein Vorrang, wie er offenbar Intentionen der Legislative entsprach ¹⁵⁷⁹.

Wie schon bei der Bestimmung der Anwendbarkeit kommt man somit zum Schluss, dass für das Bundesgericht bei allen Bekenntnissen zum Vorrang des Völkerrechts zur Lösung einer Normenkollision die Absichten des Parlaments bestimmend sind.

Immerhin hat aber das Bundesgericht 1999 in den Entscheiden *X. c. Verwaltungsgericht des Kantons Zug* (s. n° 410 *in fine*) und insbesondere in *A. c. Schweizeri-*

¹⁵⁷⁴ vom 16. Dezember 1983 (BewG; SR 211.412.41)

¹⁵⁷⁵ BGE 112 II 1, S. 13 E. 8, *Wohnbau AG Giswil in Liquidation c. Kanton Obwalden*, vom 9. März 1986; vgl. ACHERMANN, S. 48

¹⁵⁷⁶ BGE 115 II 401, *Sud Provizel SA c. Kanton Graubünden*, vom 13. Oktober 1989

¹⁵⁷⁷ COTTIER/PANNATIER, SJK 385, S. 15-16; MÜLLER/WILDHABER, S. 175-176

¹⁵⁷⁸ BGE 119 V 171, S. 178-179, *X. c. Caisse cantonale valaisanne de compensation*, vom 25. August 1993, bestätigt in BGE 120 V 224, S. 226, *G. c. Schweizerische Unfallversicherungsanstalt*, vom 29. Juli 1994

¹⁵⁷⁹ Es kann deshalb aus diesem Entscheid entgegen der Ansicht von AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Bd. I, Rz. 1838) nicht geschlossen werden, das Bundesgericht habe damit erstmals den Vorrang des völkerrechtlichen Vertrags vor dem Bundesgesetz anerkannt. Vgl. PERRIN, *Droit international public*, S. 837.

schen Bundesrat (infra, n° 427) die Möglichkeit einer Praxisänderung angedeutet ¹⁵⁸⁰. In letzterem Entscheid ging es zudem von einem generellen Vorrang der völkerrechtlichen Normen aus, die dem Schutz der Menschenrechte dienen. Da er zur EMRK gefällt wurde, wird er unten (n° 427) behandelt.

422. *Kritik an der bundesrichterlichen Bestimmung des Willens der Legislative.*- Die Art, wie das Bundesgericht den Willen des Parlaments bestimmt, ist in der Lehre auf Kritik gestossen. So kam WILHELM zum Schluss, « *la 'volonté du législateur' est interprétée moins sur la base de considérations purement juridiques que sur l'appréciation de l'importance politique ou économique respective du traité et de la loi fédérale.* » ¹⁵⁸¹. Konkreter meinte CAYTAS, dass die Praxis des Bundesgerichts uneinheitlich, aber konsequent sei: Der Vertrag werde immer angewendet, wenn keine geldwerten Interessen auf dem Spiel stünden (Auslieferung, Verfahrensrecht, Aufenthaltsrecht der Ausländer); dagegen werde im Bereich des geistigen Eigentums (*Steenworden*), des Erwerbs von Grundstücken (*Schubert, Wohnbau AG*) und des (teuren) Strafvollzugs das Landesrecht bevorzugt. Das Bundesgericht befolge also eine „ergebnisorientierte Entscheidungsmethodik“ ¹⁵⁸². Kritisch war auch JACOT-GUILLARMOD: « *Tout se passe comme si l'affirmation de la primauté valait au niveau des principes et dans les domaines où l'intérêt national converge avec celui de la coopération internationale (en matière d'extradition par exemple) mais qu'elle devait être proscrite chaque fois que les choses deviennent 'sérieuses', notamment lorsque des intérêts politiques ou économiques nationaux sont en jeu (comme dans le domaine de l'acquisition d'immeubles par des étrangers, ou celui du droit d'auteur, ou encore celui du droit des marques).* » ¹⁵⁸³

423. *Völkerrechtliche Verträge und ius cogens.*- Entgegen dem Anwendungsgebot von Art. 191 BV (bzw. Art. 113 Abs. 3 und 114^{bis} Abs. 3 aBV) wendet das Bundesgericht internationale Abkommen nicht an, wenn dies gegen zwingendes Völkerrecht verstiesse. 1982 hat es im Entscheid *Bufano* einen Auslieferungsvertrag nicht angewendet, weil es zum Schluss kam, die Auslieferung verstiesse gegen das zum *ius cogens* gehörende Verbot von Folter und unmenschlicher und erniedrigender Behandlung, das in Art. 3 EMRK kodifiziert ist (vgl. n° 358 *in fine*; n° 363-378) ¹⁵⁸⁴.

¹⁵⁸⁰ vgl. auch AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1281

¹⁵⁸¹ WILHELM, S. 215-216

¹⁵⁸² CAYTAS, S. 24-25

¹⁵⁸³ JACOT-GUILLARMOD, *Fondements*, S. 229

¹⁵⁸⁴ BGE 108 Ib 408, S. 410-413 E. 8, *Bufano, époux Martinez et époux Sanchez Reisse c. Ministère public fédéral et Département fédéral de justice et police*, vom 3. November 1982; vgl. auch BGE 109 Ib 64, S. 72-75, *Sener c. Bundesanwaltschaft und Eidg. Justiz- und Polizeidepartement*, vom 22. März 1983

Diese Rechtsprechung entspricht der Lehrmeinung¹⁵⁸⁵. Das Bundesgericht vermied es allerdings, von einer Nichtanwendung des Vertrages zu sprechen: Es deklarierte die Verweigerung der Auslieferung als vertragskonform, indem es diese unter die im Vertrag vorgesehene Ausnahme für politische Delikte subsumierte.

So wie das Bundesgericht zur Herstellung der Einzelfallgerechtigkeit Bundesgesetze unter Berufung auf verfassungsrechtliche Gebote nicht anwendet, kann es völkerrechtlichen Verträgen unter Berufung auf zwingendes Völkerrecht die Anwendung versagen. Bei einer zunehmenden Regelung innerstaatlicher Materien durch völkerrechtliche Verträge könnte diese Möglichkeit an Bedeutung gewinnen, um grundlegende landesrechtliche Werte, insbesondere Menschenrechte, aber auch allgemeine Rechtsgrundsätze, vor einer Verletzung durch Verträge zu schützen (wobei die Verletzung des Demokratieprinzips von Art. 46 WVÜ erfasst wird; vgl. n° 389-390). Denn zur Beurteilung des zwingenden Charakters hat das Bundesgericht einen gewissen Ermessensspielraum¹⁵⁸⁶. So hat es wie erwähnt 1991 im Entscheid *P. c. Office fédéral de la Police*¹⁵⁸⁷ den gewohnheitsrechtlichen Grundsatz des guten Glaubens zum *ius cogens* gezählt (n° 363).

424. *Die EMRK.*- Die EMRK trat in der Schweiz mit ihrer Ratifikation am 28. November 1974 in Kraft¹⁵⁸⁸. 1965 hatte OSKAR K. KAUFMANN das grösste Probleme untersucht, das sich der Schweiz bei einer Ratifikation der EMRK stellen würde: Die Kontrolle der Bundesgesetze auf ihre Vertragskonformität durch das Bundesgericht gemäss Art. 13 EMRK¹⁵⁸⁹. Die Kontrolle der Verfassungsmässigkeit der Bundesgesetze sei durch Art. 113 Abs. 3 aBV (nun Art. 191 BV) verboten, doch – so KAUFMANN – da die EMRK verfassungsartige Rechte garantiere, käme ihre Ratifikation deren Einführung gleich. Eine Ratifikation habe folglich im für die Verfassungsrevision vorgesehenen Verfahren zu erfolgen. Doch die These von KAUFMANN hätte einen Beitritt zur EMRK erschwert, stellte sie doch einen fundamentalen Grundsatz der schweizerischen Rechtsordnung – das Fehlen einer Verfassungsmässigkeitsprüfung der Bundesgesetze, „damit die richterliche Gewalt nicht über die

¹⁵⁸⁵ JACOT-GUILLARMOD, *Fondements*, S. 241-243; SALADIN, S. 82-96; AUBERT, *Observations*, S. 19-21; THÜRER, *Verfassungsrecht*, Rz. 29. Vgl. n° 363

¹⁵⁸⁶ Vgl. COTTIER/WÜGER/ZELLWEGER, *Synthesebericht* S. 12 Anm. 20, die sich fragen, ob die Verletzung des nationalen *ordre public* die Nichtanwendung eines völkerrechtlichen Vertrages rechtfertigen würde.

¹⁵⁸⁷ BGE 117 Ib 337, S. 340 E. 2a, vom 14. Oktober 1991

¹⁵⁸⁸ BGE 101 Ia 67, S. 68 E. 1b, *Diskont- und Handelsbank AG und Mitbeteiligte c. Fides-Treuhand-Vereinigung u. Tino AG*, vom 19. März 1975; BGE 102 Ia 468, S. 481 E. 7a, *Buchdruckerei Elgg AG c. evangelisch-reformierte Kirchgemeinde Elgg*, vom 6. Oktober 1976

¹⁵⁸⁹ OSKAR K. KAUFMANN, *Frauen, Italiener, Jesuiten, Juden und Anstaltsversorgte. Vorfragen eines Beitritts der Schweiz zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, St. Galler Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1965, Bern 1965, S. 245-262

gesetzgebende sich erhebe“ (s. n° 404) – in Frage. Es ist daher nicht erstaunlich, dass KAUFMANNs These sowohl in der Lehre auf Widerspruch stiess¹⁵⁹⁰ als auch beim Bundesrat, der in seiner Botschaft vom 4. März 1974 die Auffassung vertrat, die EMRK habe als völkerrechtlicher Vertrag mindestens den Rang eines Bundesgesetzes¹⁵⁹¹. Wegen des verfassungsähnlichen Charakters der in der EMRK garantierten Rechte schlug er eine Änderung des OG vor, die gleiche Bedingungen für staatsrechtliche Beschwerden auf Verfassungs- und EMRK-Widrigkeit geschaffen hätte¹⁵⁹². Die Bundesversammlung folgte ihm hier nicht, doch folgte sie auch nicht der These KAUFMANNs, so dass sie die EMRK nur mit einfachem Bundesbeschluss genehmigte¹⁵⁹³.

425. *Sie hat verfassungsrechtlichen Charakter, ...*- Kaum vier Monate nach dem Inkrafttreten meldete sich das Bundesgericht zu Wort und verwirklichte die vom Bundesrat vorgeschlagene Revision des OG angesichts des Gesetzeswortlauts kühn¹⁵⁹⁴ auf dem Wege der Rechtsprechung: Es kam in *Diskont- und Handelsbank AG*, vom 19. März 1975, zum Schluss, dass die Rechte der EMRK „ihrer Natur nach einen verfassungsrechtlichen Inhalt“ haben. Die EMRK-Garantien seien im Übrigen nur von eigenständiger Bedeutung, wenn sie den von den Verfassungen des Bundes und der Kantone gewährten Schutz überstiegen¹⁵⁹⁵. Mit diesem Entscheid wollte sich das Gericht vor einer Beschwerdeflut schützen. Denn indem es die EMRK und ihre Bestimmungen nicht zu den völkerrechtlichen Verträgen (Art. 84 Abs. 1 Bst. c OG), sondern zu den verfassungsmässigen Rechten (Art. 84 Abs. 1 Bst. a OG) zählte, mussten die kantonalen Instanzen entgegen dem Wortlaut des damaligen Art. 86 Abs. 2 OG ausgeschöpft werden, bevor eine staatsrechtliche Beschwerde ans Bundesgericht möglich war. Seit der am 12. Februar 1992 in Kraft getretenen Änderung von Art. 86

¹⁵⁹⁰ s. B. F. JUNOD, *La Suisse et la Convention européenne des droits de l'homme*, Diss. Neuchâtel 1968, S. 88; LUZIUS WILDHABER, *Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention in der Schweiz?*, ZbJV 1969, S. 256; STEFAN TRECHSEL, *Die Europäische Menschenrechtskonvention, ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozessrechte*, Bern 1974, S. 156; für eine ablehnende Kritik aus jüngerer Zeit, s. SIEGENTHALER, S. 220-221. Vgl. MALINVERNI, *L'article 113*, S. 382; KRAFFT, S. 192; AUBERT, *Traité*, ad Nr. 1777

¹⁵⁹¹ BBl 1974 I 1059; vgl. auch den Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die EMRK, vom 9. Dezember 1968 (BBl 1968 II 1074), worin er ausführt, es bestehe kein Widerspruch zwischen der EMRK und Art. 113 Abs. 3 aBV

¹⁵⁹² BBl 1974 I 1035, S. 1058-1060; KRAFFT, S. 192

¹⁵⁹³ AS NR 1974 2148. Unter dem in der Volksabstimmung vom 13. März 1977 angenommenen Art. 89 Abs. 3 aBV (Art. 141 BV) hätte der Beschluss mindestens dem fakultativen Referendum unterstellt werden müssen, da er eine multilaterale Rechtsvereinheitlichung herbeiführte; AUBERT, *Traité*, ad Nr. 1777 Anm. 107; HAEFLIGER/SCHÜRMANN, S. 23-24

¹⁵⁹⁴ HAEFLIGER, *Die Schweiz*, S. 460

¹⁵⁹⁵ BGE 101 Ia 67, S. 69 E. 2c, *Diskont- und Handelsbank AG und Mitbeteiligte c. Fides-Treuhand-Vereinigung u. Tino AG*, vom 19. März 1975; vgl. HAEFLIGER, *Hierarchie*, S. 476-477; kritisch dazu VILLIGER, *Rechtsordnung*, S. 86-87; WILHELM, S. 216

Abs. 2 OG muss nun aber der Instanzenzug auch für völkerrechtliche Verträge ausgeschöpft werden, so dass dieser Aspekt keine Bedeutung mehr hat ¹⁵⁹⁶.

426. ... aber den Rang eines völkerrechtlichen Vertrags. Die Entwicklung der Rechtsprechung ...- Trotz des „verfassungsrechtlichen Inhalts“ der EMRK behandelt das Bundesgericht die EMRK in Bezug auf den Rang seit dem Entscheid *Eidgenössische Steuerverwaltung*, vom 15. November 1991 ¹⁵⁹⁷, wie die übrigen völkerrechtlichen Verträge. Somit hat sie im Konfliktfall mit einem Bundesgesetz auch dann eine selbständige Bedeutung, wenn sie inhaltlich nicht weiter geht als die BV ¹⁵⁹⁸. Zumindest für den Fall, dass das Parlament eine Konventionswidrigkeit nicht bewusst in Kauf nahm, geht die EMRK dem Gesetz vor (n° 419). Damit hat das Bundesgericht ein Stück weit die Verfassungsgerichtsbarkeit eingeführt und den Grundsatz der Parlamentsouveränität geschwächt ¹⁵⁹⁹.

Die Entwicklung der Rechtsprechung sei kurz nachgezeichnet: Lehnte das Bundesgericht die Überprüfung der Konventionskonformität eines Bundesgesetzes unter Hinweis auf Art. 113 bzw. 114^{bis} Abs. 3 aBV zunächst ab ¹⁶⁰⁰, liess es die Frage daraufhin offen ¹⁶⁰¹, um diese Prüfung in *J. B.*, vom 12. Mai 1989 ¹⁶⁰² erneut abzulehnen, aber sie schliesslich seit dem Entscheid *Eidgenössische Steuerverwaltung* doch vorzunehmen: Das im Vorjahr für die Schweiz in Kraft getretene WVÜ enthalte ausdrücklich den Grundsatz der Vorrangs des vertraglichen Völkerrechts; dieser Grundsatz verlange von allen rechtsanwendenden Organen in der Schweiz eine völkerrechtskonforme Auslegung des Landesrechts und mithin auch von Art. 114^{bis} Abs. 3 aBV; es sei nicht gerechtfertigt, die Harmonisierung von Landesrecht und Völkerrechtsverträgen den politischen Instanzen zu überlassen; da alle Behörden verpflichtet seien, im Rahmen ihrer Kompetenzen das die Schweiz bindende Völkerrecht zu respektieren und anzuwenden, bedeute eine konventionskonforme

¹⁵⁹⁶ AS 1992 228; BBI 1991 II 465; GRISEL, *A propos*, S. 384; WILHELM, S. 219-220; VILLIGER, *ibid.*, S. 85, und *Handbuch*, Rz. 64-66 u. 69, jeweils m. w. Hinw.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. II, Rz. 91

¹⁵⁹⁷ BGE 117 Ib 367, S. 372-373 E. 3e, *Eidgenössische Steuerverwaltung c. Erben X.*; vgl. die Kommentierung des Urteils durch HANGARTNER, AJP 2/1993, S. 195-199; VILLIGER, *ibid.*, Rz. 95, m. w. Hinw.; SCHWEIZER, *Gerichte*, S. 628-630; TSCHANNEN, Nr. 459; KÄLIN, *Verfahren*, S. 37-38; MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 56-57; HAEFLIGER/SCHÜRMANN, S. 40-41; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1835

¹⁵⁹⁸ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1842

¹⁵⁹⁹ KÄLIN, *Verfahren*, S. 18; SCHWEIZER, *Gerichte*, S. 628-630; MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 56-57; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1838-1847

¹⁶⁰⁰ so zuletzt BGE *F.*, vom 11. Februar 1985, in SJIR 1986, S. 127; s. OETER, S. 589-590; WILHELM, S. 225-227, m. w. Hinw.

¹⁶⁰¹ BGE 114 IV 116, S. 123 E. 4c, *Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich c. X.*, vom 20. September 1989

¹⁶⁰² *J. B. et C. B. c. Département fédéral de justice et police*, in SJIR 1990, S. 266-268

Auslegung durch den Richter keinen Einbruch in den Grundsatz der Gewaltenteilung. „Natürlich kann er nicht eine Gesetzesbestimmung aufheben, weil sie dem Völkerrecht widerspricht; er könnte höchstens im konkreten Einzelfall die betreffende Norm nicht anwenden, wenn sie sich als völkerrechtswidrig erweist und zu einer Verurteilung der Schweiz führen könnte.“

Wäre also das Landesrecht nicht nur konventionskonform auszulegen, sondern ginge die EMRK sogar jüngeren Bundesgesetzen vor, wie das Bundesgericht schon 1985 i. S. X. c. *Eidg. Justiz- und Polizeidepartement* in einem *obiter dictum* angedeutet hatte ¹⁶⁰³?

Wie erwähnt hat es die Frage 1996 im Entscheid *B. M. und M.* offengelassen, um drei Jahre später, am 23. März 1999, i. S. X. c. *Direktion des Innern des Kantons Zug* zwar festzuhalten, eine konventionskonforme Auslegung gegen den Wortlaut eines Bundesgesetzes verbiete sich, wenn dieser dem klaren Willen der Bundesversammlung entspreche, doch am Schluss offenzulassen, „ob die EMRK das Gesetz zu korrigieren vermöchte“ und anzufügen, es könnte gewillt sein, im Konfliktfall dem Völkerrecht Vorrang einzuräumen (s. n° 410 *in fine*). Damit war die Möglichkeit einer Praxisänderung angedeutet.

427. ... bis zum Entscheid *A. c. Schweizerischen Bundesrat*, vom 26. Juli 1999.- Im vier Monate später gefällten Entscheid *A. c. Schweizerischen Bundesrat* ¹⁶⁰⁴ scheint das Bundesgericht einen weiteren Schritt in diese Richtung getan zu haben: In diesem Verfahren hatte der Bundesrat die Einziehung und Vernichtung von fast 90 kg Propagandamaterial der Kurdischen Arbeiterpartei angeordnet, das an *A.* adressiert war. Gegen diese Verfügung ergriff *A.* die Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Nun sind nach schweizerischem Landesrecht Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen bundesrätliche Verfügungen bekanntlich nur auf dem Gebiet des Dienstverhältnisses von Bundespersonal zulässig (Art. 98 Bst. a OG). Auf Grund des Bundesgesetzes war somit auf die Beschwerde nicht einzutreten.

Andererseits berührte die Streitsache zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK, und diese Bestimmung gibt dem Beschwerdeführer Anspruch auf eine Beurteilung durch ein unabhängiges und

¹⁶⁰³ s. BGE 111 Ib 68, S. 71 E. 3, vom 29. Mai 1985: „Die EMRK, als ein von der Bundesversammlung genehmigter Staatsvertrag, ist für die rechtsanwendenden Behörden nicht weniger verbindlich als die Bundesgesetze (Art. 113 Abs. 3 BV); sie geht als jüngeres Recht den früher erlassenen Bundesgesetzen, unter Umständen auch jüngerem Gesetzesrecht, vor.“ Wenn deshalb die Bestimmungen eines Bundesgesetzes (vorliegend Art. 100 Bst. b Ziff. 2 u. 4 OG) dem Beschwerdeführer kein Recht auf eine wirksame Beschwerde vor einer innerstaatlichen Instanz einräumte, so hätten sie Art. 13 EMRK zu weichen; um die EMRK einzuhalten, wäre das Bundesgesetz nicht anzuwenden. *In casu* war aber eine wirksame Beschwerde im Sinne von Art. 13 EMRK gegeben. – Vgl. MALINVERNI, *L'article 113*, S. 396-397.

¹⁶⁰⁴ BGE 125 II 417, S. 424-426 E. 4c-d, *A. c. Schweizerischen Bundesrat*, vom 26. Juli 1999

unparteiisches Gericht. Es bestand somit eine nicht durch vertragskonforme Auslegung aufzulösende Normenkollision. Das Bundesgericht hielt nun fest, dass dieser Konflikt von Art. 114^{bis} Abs. 3 aBV (wie von Art. 113 Abs. 3 aBV oder 191 BV) nicht gelöst werde, sondern unter Rückgriff auf die allgemein anerkannten und in Art. 26 und 27 WVÜ kodifizierten Grundsätze des Völkerrechts (*pacta sunt servanda*, Verbot der Berufung auf Landesrecht zur Rechtfertigung von Vertragsverletzungen) zu lösen sei. Diese seien unmittelbar anwendbar und für sämtliche Staatsorgane bindend. Im Konfliktfall gehe also das Völkerrecht dem Landesrecht prinzipiell vor, mit der Folge, dass eine völkerrechtswidrige Norm im Einzelfall nicht angewendet werden könne. Vgl. n° 420.

Wie schon in S. ¹⁶⁰⁵ stellte das Bundesgericht also nicht auf die Chronologie der Normen ab, obwohl es mit der Lex-posterior-Regel zum selben Ergebnis – dem Vorrang von Art. 6 Abs. 1 EMRK – gekommen wäre. Doch trübte es die Klarheit der so entwickelten Kollisionsregel, indem es anfügte, diese Konfliktregelung dränge sich um so mehr auf, wenn sich der Vorrang aus einer völkerrechtlichen Norm ableite, die dem Schutz der Menschenrechte diene, und offen liess, ob in anderen Fällen davon abweichende Konfliktlösungen – wie in *Schubert* ¹⁶⁰⁶ – in Betracht zu ziehen seien. Auch wenn der Hinweis auf *Schubert* nicht sehr geglückt ist – auch dort ging es um ein Grundrecht, nämlich die Gleichheit von ausländischen und schweizerischen Staatsangehörigen – hat das Bundesgericht damit einmal mehr angedeutet, dass die Stunde der Schubert-Rechtsprechung bald einmal geschlagen haben könnte ¹⁶⁰⁷.

428. *Beurteilung.*- Zum zweiten Mal seit 1993 versagte das Bundesgericht einem vertragswidrigen Bundesgesetz die Anwendung ¹⁶⁰⁸. Und nicht nur das, das Bundesgericht schuf auch noch eine im Landesrecht nicht vorgesehene Norm von

¹⁶⁰⁵ BGE 122 II 485, S. 487 E. 3a, S. c. *Office fédéral de la police*, vom 1. November 1996; s. n° 410

¹⁶⁰⁶ BGE 99 Ib 39, *Schubert c. Commissione cantonale ticinese di ricorso per l'applicazione del DF 23 marzo 1961 concernente l'acquisto di beni da parte di persone all'estero*, vom 2. März 1973; s. n° 419-420

¹⁶⁰⁷ Im BGE 5A.15/2001, vom 6. Dezember 2001, hat das Bundesgericht festgehalten, es könne einer gesetzlichen Bestimmung die Anwendung versagen und sie damit faktisch ausser Kraft setzen, wenn sie gegen ein in der EMRK garantiertes Grundrecht verstosse; *in casu* lag jedoch keine Konventionsverletzung vor. S. NZZ Nr. 285 vom 7. Dezember 2001, S. 14 (die schriftliche Urteilsbegründung war noch ausstehend). – Vgl. AUBERT, *Le Conseil fédéral*, S. 34. Vgl. auch AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1839 u. 1845, und MICHEL, Rz. 32-33. Dagegen deutet für ANDREAS KLEY dieses Urteil auf eine Fortgeltung der Schubert-Praxis hin; s. AJP 11/99, S. 1494 Ziff. 3. Nach ihm stellt das Urteil nur eine Kollisionsregel für zwingendes Völkerrecht auf, worunter die Abkommen zum Schutz der Menschenrechte zu zählen seien; *ibid.*, S. 1493, Ziff. 1. Das ist aber eine zu enge Auslegung des Entscheids: Die Kollisionsregel drängt sich laut Bundesgericht „um so mehr“ – nicht nur – auf bei Menschenrechten.

¹⁶⁰⁸ Für den ersten Fall, s. den in n° 421 zitierten BGE 119 V 171, *X. c. Caisse cantonale valaisanne de compensation*, vom 25. August 1993

Bundesgesetzesrang¹⁶⁰⁹, um das zuständige Gericht zu bestimmen; natürlich war nicht ersichtlich, wer ausser ihm selbst das sein könnte. Die Implikationen sind somit ungleich grösser als 1993: Während damals die Vertragswidrigkeit des Bundesgesetzes nur zur Folge hatte, dass die Leistungen der Invalidenversicherung nicht gekürzt wurden, war diesmal ein wichtiger Grundsatz des schweizerischen politischen Systems betroffen: Dass Bundesrat und Bundesgericht Behörden gleichen Ranges sind und deshalb im Allgemeinen eine Beschwerde von jenem zu diesem ausgeschlossen ist (s. n° 404). Die EMRK geht dagegen vom Grundsatz aus, dass die richterliche immer über den politischen Behörden steht, wenn es um die Rechtsanwendung geht. In diesem Widerstreit von Auffassungen über das Gleichgewicht zwischen den Gewalten hat das Bundesgericht der internationalen Auffassung gegenüber der nationalen den Vorzug gegeben¹⁶¹⁰. Es hat damit seine Rechtsprechungskompetenz über den Bundesrat ausgedehnt; wie weit, ist noch schwierig abzuschätzen¹⁶¹¹.

Für AUBERT hat es dies jedenfalls in bedeutendem Ausmass getan¹⁶¹². Der damalige Bundesgerichtspräsident MARTIN SCHUBARTH relativierte dagegen in einem Votum am Murtener Gesetzgebungsseminar vom 12. November 1999 die Bedeutung des Entscheids: Der Bundesrat habe nichts dagegen einzuwenden gehabt, dass das Bundesgericht auf die Beschwerde eintrat; sonst wäre es eventuell zu einem anderen Schluss gekommen¹⁶¹³. Ausserdem hob er wie ANDREAS KLEY¹⁶¹⁴ den Einzelfallcharakter des Entscheids hervor: Tatsächlich war die Rechtsgrundlage der Verfügung des Bundesrates, nämlich sein Propagandabeschluss vom 29. Dezember 1948, nach dem Entscheid nur noch vier Tage in Kraft. KLEY zeigt sich zudem überzeugt¹⁶¹⁵, das über Überlastung klagende Bundesgericht werde sich hüten, über Art. 6 EMRK weitere Zuständigkeiten an sich zu ziehen.

Offen bleibt ebenfalls, ob für völkerrechtliche Normen, die nicht dem Schutze der Menschenrechte dienen, weiterhin die Schubert-Rechtsprechung, also der

¹⁶⁰⁹ Vgl. dazu auch BGE 123 II 193, S. 201-202 E. 4c, *D. c. Flughafenpolizei Zürich und Haftrichter des Bezirksgerichts Zürich*, vom 27. Mai 1997, wonach das Bundesgericht bei Vorliegen einer echten Gesetzeslücke für eine Übergangsfrist bis zum Inkrafttreten einer neuen gesetzlichen Regelung Grundsätze aufstellen kann, so dass wenigstens durch die Art der Anwendung der ungenügenden nationalen Normen die EMRK nicht verletzt wird. Vgl. auch *infra*, n° 493.

¹⁶¹⁰ AUBERT, *Le Conseil fédéral*, S. 34

¹⁶¹¹ Für ein Presseecho, s. NZZ Nr. 199 vom 28./29. August 1999, S. 16: „*Von einiger Brisanz ist der Umstand, dass das Gericht auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde überhaupt eingetreten ist, nachdem das Bundesrechtspflegegesetz einen solchen Rechtsweg klar ausschliesst.*“ Vgl. auch VILLIGER, *Handbuch*, Rz. 78-80, und HAEFLIGER, *Hierarchie*, S. 482, der eine ausnahmslose Bejahung des Vorrangs für möglich hält. – Sollte zukünftig die EMRK den Bundesgesetzen vorgehen, würde sich das Problem ihrer ungenügenden demokratischen Legitimation gegenüber letzteren verschärft stellen; vgl. OETER, S. 594-595 und die in Fn. 1590 zitierte Literatur.

¹⁶¹² AUBERT, *Le Conseil fédéral*, S. 36

¹⁶¹³ vgl. auch die Hinw. bei SÄGESESSER (HRSG.), Rz. 1125-1133

¹⁶¹⁴ KLEY (Fn. 1607), S. 1493 Ziff. 2d

¹⁶¹⁵ *ibid.*

Gewaltenteilungsgrundsatz, massgebend ist, oder ob das Bundesgericht auch hier den Grundsatz des Primats des Völkerrechts für die Lösung einer Normenkollision heranziehen wird: Wie in Bezug auf die direkte Anwendbarkeit des Völkerrechts (n° 399) sieht sich der Rechtsuchende gegenwärtig einer unsicheren Rechtslage gegenüber ¹⁶¹⁶. Wie in n° 430 noch ausgeführt wird, müsste sich ein Bundesgesetz jedenfalls gezielt gegen die EMRK und Art. 139a OG richten, um Vorrang zu beanspruchen.

429. *Die EMRK und Kantonsverfassungen.*- Vor diesem Hintergrund fragt es sich auch, ob das Bundesgericht seine Rechtsprechung zur Prüfung von Kantonsverfassungen ändern wird. Bekanntlich prüfte es bis 1985 nicht, ob Kantonsverfassungen mit der BV oder der EMRK übereinstimmen, da es ihm der Gewaltenteilungsgrundsatz verbiete, sich über den Gewährleistungsbeschluss der Bundesversammlung hinwegzusetzen ¹⁶¹⁷. Seit dem Entscheid *X. c. Kantonsgericht Innerrhoden*, vom 27. November 1985 ¹⁶¹⁸ nimmt das Bundesgericht die Überprüfung vor, wenn die betreffende Kantonsverfassung im Zeitpunkt der Gewährleistung noch nicht in Kraft getreten war und von der Bundesversammlung deshalb noch nicht berücksichtigt werden konnte. Auf Grund der geschilderten Entwicklung der Rechtsprechung ist zu vermuten, dass das Bundesgericht im Kollisionsfall die Bindung an nach dem 28. November 1974 (dem Datum des Inkrafttretens der EMRK für die Schweiz, s. n° 424) gewährleistete kantonale Verfassungsbestimmungen aufgeben wird, jedenfalls dann, wenn die Bundesversammlung die kantonale Verfassung nicht ausdrücklich trotz EMRK-Widrigkeit billigte, was höchst unwahrscheinlich ist ¹⁶¹⁹.

430. *Wirkungen der Entscheide der EMRK-Organe.*- Art. 46 Abs. 1 EMRK verpflichtet die Vertragsstaaten, die sie betreffenden Urteile des Gerichtshofs zu befolgen, doch überlässt sie ihnen die Art der Umsetzung ¹⁶²⁰. Gestattet das innerstaatliche Recht nur eine unvollkommene Wiedergutmachung der Folgen der Konventionsverletzung, so spricht der Gerichtshof – der ansonsten nur Feststellungs-

¹⁶¹⁶ vgl. ACHERMANN, S. 89; VILLIGER, *EMRK*, Rz. 8

¹⁶¹⁷ BGE 89 I 389, S. 393 E. 3, *Nelz und Kons. c. Kanton Zürich*, vom 9. Oktober 1963; BGE 104 Ia 219, S. 219-221 E. 1b, *Unité Jurassienne, Cherpilloz et Vecchi c. Conseil des 187 du Grand Conseil du canton de Berne*, vom 21. Juni 1978; vgl. OETER, S. 572-574; VILLIGER, *Rechtsordnung*, S. 87, und *Handbuch*, Rz. 81

¹⁶¹⁸ BGE 111 Ia, 239, S. 241 E. 3; bestätigt in BGE 112 Ia 208, S. 218 E. 3a, *Kritisches Forum Schwyz u. Mitbeteiligte c. Regierungsrat des Kantons Schwyz*, vom 17. September 1986; BGE 116 Ia 359, S. 366 E. 4b, *Theresa Rhoner und Mitbeteiligte c. Kanton Appenzell Innerrhoden*, vom 27. November 1990; BGE *P. G. et consorts c. canton de Genève*, vom 29. Dezember 1994, E. 3a u. b, SZIER 1996, S. 421-422

¹⁶¹⁹ vgl. MALINVERNI, *L'article 113*, S. 396; VILLIGER, *Handbuch*, Rz. 83

¹⁶²⁰ VILLIGER, *Rechtsordnung*, S. 84, *Wirkungen*, S. 476, u. *EMRK*, Rz. 10; HAEFLIGER/SCHÜRMANN, S. 426

urteile fällt – der verletzten Partei eine Entschädigung zu (Art. 41 EMRK) ¹⁶²¹. Da nach Art. 38 OG Entscheidungen des Bundesgerichts mit der Ausfällung rechtskräftig werden, wurde 1992 Art. 139a OG eingefügt ¹⁶²², wonach die Feststellung einer Konventionsverletzung einen Revisionsgrund darstellt, wenn eine Wiedergutmachung nur durch Revision möglich ist ¹⁶²³. Im Entscheid *Erben P. c. Kantonales Steueramt Zürich*, vom 24. August 1998 ¹⁶²⁴, hat das Bundesgericht entschieden, dass Art. 139a OG eine Sondernorm zu Art. 113 Abs. 3 und 114^{bis} Abs. 3 aBV (Art. 191 BV) darstellt, die es nach ihrem Sinn und Zweck den Richterinnen und Richtern verbietet, ein Gesetz weiterhin anzuwenden, wenn auf Grund einer Entscheidung des Gerichtshofes oder des Ministerkomitees festgestellt worden ist, dass dieses EMRK-widrig ist. Wie HANGARTNER ausgeführt hat, liegt der Sinn der Bestimmung aber auch darin, dass die Gerichte das konventionswidrige Bundesgesetz selbst dann nicht anwenden, wenn noch gar kein Entscheid der Strassburger Organe ergangen ist; eine neue bundesgesetzliche Regelung müsste sich deshalb gezielt gegen die EMRK und Art. 139a OG richten, um Vorrang zu beanspruchen ¹⁶²⁵.

Die grösste Wirkung der Entscheide der EMRK-Organe dürfte jedoch sowieso eine präventive sein: Auch gegen andere Staaten gerichtete Urteile werden vom Bundesgericht berücksichtigt, da es das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat ¹⁶²⁶, und sie sind ein Anlass, die schweizerische Gesetzgebung anzupassen. Als der Gerichtshof 1976 im gegen die Niederlande gerichteten Fall *Engel und andere* ¹⁶²⁷ festgestellt hatte, dass auch die Arreststrafe des militärischen Disziplinarrechts von den Garantien der Art. 5 und 6 EMRK erfasst werde, unterbreitete der Bundesrat angesichts einer ähnlichen Klage von Soldat Eggs der Bundesversammlung (zunächst erfolglos) einen Entwurf zur dringlichen Änderung des Militärstrafgesetzes ¹⁶²⁸, das schliesslich 1980 in einer EMRK-konformen Fassung in Kraft getreten ist: in letzter Instanz entscheidet nicht mehr der Obergericht über die Verhängung der Arreststrafe, sondern

¹⁶²¹ VILLIGER, *Wirkungen*, S. 477, u. EMRK, Rz. 11; HAEFLIGER, *ibid.*, S. 421; JOHAN CALLEWAERT, *Zusprechung von Entschädigungen nach Art. 50 EMRK durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte*, AJP 12/1997, S. 1525-1531

¹⁶²² durch Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991, in Kraft seit 15. Februar 1992 (AS 1992 288; SR 173.110.0, Art. 1 Abs. 1; BBl 1991 II 465)

¹⁶²³ ebenso Art. 66 Abs. 1 Bst. b VwVG; VILLIGER, *Wirkungen*, S. 501-502; HAEFLIGER/SCHÜRMAN, S. 429-432; MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 72; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 2186

¹⁶²⁴ BGE 124 II 480, S. 487 E. 3a

¹⁶²⁵ YVO HANGARTNER in seiner Kommentierung dieses Entscheides, in AJP 11/1998, S. 1364 Ziff. 1; vgl. auch seinen Kommentar zum BGE 117 Ib 367, *Eidgenössische Steuerverwaltung* (n° 426), AJP 2/1993, S. 198 Ziff. 14; vgl. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1840

¹⁶²⁶ BGE 109 Ia 239, S. 244 E. 5c, *Goetschy c. Appellationsgericht (Ausschuss) des Kantons Basel-Stadt*, vom 2. November 1983; VILLIGER, *Wirkungen*, S. 509-510

¹⁶²⁷ Urteil vom 8. Juni 1976, Serie A Nr. 22

¹⁶²⁸ BBl 1977 I 1129

regelmässig das Militärkassationsgericht¹⁶²⁹. Das Bundesgericht berücksichtigt ausserdem bei der Konkretisierung der Grundrechtsgewährleistungen von BV und EMRK auch die Empfehlungen des Ministerkomitees, obschon diese nicht bindend sind, sondern den Charakter von Richtlinien haben, die gemeinsame Rechtsüberzeugung der Mitgliedstaaten des Europarates zum Ausdruck bringen¹⁶³⁰.

Die EMRK hatte übrigens noch vor ihrem Inkrafttreten in der Schweiz Vorwirkungen: Die Einführung des Frauenstimmrechts 1971 und die Aufhebung der konfessionellen Ausnahmeartikel 1973 erfolgte zu einem grossen Teil, um die EMRK ratifizieren zu können¹⁶³¹. Und schon vor dem Beitritt der Schweiz berücksichtigte das Bundesgericht in seiner Auslieferungspraxis die EMRK im Sinne allgemeiner Rechtsgrundsätze¹⁶³².

Vor dem Hintergrund dieser grossen Wirkung der Strassburger Rechtsprechung sind die Aufforderungen seitens der Lehre zu sehen, der Gerichtshof solle sich angesichts der europäischen Vielfalt bei der Auslegung der Konvention eine gewisse Zurückhaltung auferlegen und sich darauf beschränken, einen europäischen Mindestschutz zu sichern, und – in Bezug auf die dynamische Rechtsprechung zu Art. 6 EMRK – die Frage, ob die rechtsschöpferische Weiterentwicklung der EMRK nicht Sache der Vertragsstaaten sein müsste¹⁶³³.

431. *Die Praxis von Bundesrat und Verwaltung zum Rang der völkerrechtlichen Verträge. Die EMRK.* – Wie erwähnt teilte der Bundesrat die Auffassung des Bundesgerichtes, dass die EMRK inhaltlich und damit verfahrensrechtlich den in der BV garantierten Grundrechten gleichzustellen sei (n° 424). Er hielt dafür, dass sie mindestens Gesetzesrang habe¹⁶³⁴. Es ist anzunehmen, dass die grundsätzlich völkerrechtsfreundlichere Exekutive die Rechtsprechung des Bundesgerichts (n° 427) ohne weiteres befolgen und der EMRK nunmehr den Rang eines völkerrechtlichen Vertrags einräumen wird. Der ETH-Rat jedenfalls war wie erwähnt (in n° 402) bereits

¹⁶²⁹ Art. 212 Militärstrafgesetz, vom 13. Juni 1927 (MStG; SR 321.0); vgl. HAEFLIGER, *Die Schweiz*, S. 462-463; VILLIGER, *Rechtsordnung*, S. 88, u. *Wirkungen*, S. 493-495, 509-510 u. *Handbuch*, Rz. 51 u. 84; MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 35-39, 46-47; u. HAEFLIGER/SCHÜRMANN, S. 435-448, jeweils m. w. Hinw.

¹⁶³⁰ BGE 127 I 127, S. 145 E. 7c, *Demokratische JuristInnen der Schweiz (DJS) und Mitbeteiligte c. Kanton Basel-Landschaft*, vom 2. Dezember 1998, m. w. Hinw.

¹⁶³¹ VILLIGER, *Rechtsordnung*, S. 88, u. *Handbuch*, Rz. 84; MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 33

¹⁶³² HAEFLIGER/SCHÜRMANN, S. 437; ROUILLER, S. 647-648

¹⁶³³ DANIEL THÜRER, *Europäische Menschenrechtskonvention und schweizerisches Verwaltungsverfahren*, ZBl 1986, S. 264-265; MARTIN SCHUBARTH, *Europäische Vielfalt und Strassburger Zentralismus*, SJZ 1997, S. 385-392; HAEFLIGER/SCHÜRMANN, S. 450-453; zustimmend WALTER HALLER, *Die europäische Dimension der Grundrechte. Die Bedeutung der EMRK für die schweizerische Rechtspraxis*, NZZ Nr. 165 vom 20. Juli 1993, S. 15 *in fine*;

¹⁶³⁴ s. die Hinweise bei WILHELM, S. 248-249

in einem Entscheid vom 18. Mai 2000 auf Grund von Art. 6 Abs. 1 EMRK auf die Klage eines Angestellten des ETH-Bereichs eingetreten ¹⁶³⁵.

432. *Fortsetzung. Die anderen Verträge.*- Der Bundesrat hat wiederholt die Wichtigkeit der völkerrechtlichen Verträge für ein kleines Land wie die Schweiz betont, da die Verträge ein wichtiges Mittel zur Bewahrung der Unabhängigkeit auf der in hohem Masse von den Machtverhältnissen bestimmten internationalen Bühne darstellten ¹⁶³⁶. Es kann daher nicht überraschen, dass die Direktion für Völkerrecht des EDA 1988 in einem Rechtsgutachten zum Schluss kam, dass in der Schweiz der Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts vor dem Landesrecht gelte ¹⁶³⁷. Der Bundesrat hat diesen Vorrang jedoch nicht ohne Vorbehalte anerkannt; meistens bestätigt er ihn im Grundsatz, oder er verweist auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts ¹⁶³⁸. Und sogar die Direktion für Völkerrecht verweist in einem Gutachten von 1999 auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts ¹⁶³⁹.

Das Bundesamt für Justiz und die Direktion für Völkerrecht setzten sich in ihrer vielzitierten Gemeinsamen Stellungnahme vom 26. April 1989 für die Anerkennung des Vorrangs des Völkerrechts ein ¹⁶⁴⁰. Diese Publikation traf mit den Integrationsbemühungen des Bundesrats zusammen, der in der EWR-Botschaft 1992 darauf hinwies, dass die Anerkennung des Vorrangs des EWR-Rechts eine unabdingbare Voraussetzung für die Ratifikation des Abkommens sei. Unter Berufung auf die Gemeinsame Stellungnahme führte der Bundesrat aus, dass sich dieser Vorrang aus dem allgemeinen Völkerrecht, dann dem EWR-Vertrag selbst, aber auch aus dem schweizerischen Recht ergebe; diesbezüglich führt er aus, der Vorrang leite sich daraus ab, dass die schweizerische Rechtsordnung monistisch sei. Deshalb seien alle Organe der Eidgenossenschaft direkt ans Völkerrecht gebunden, und kein Organ könne sich auf den Grundsatz der Gewaltenteilung berufen, um sich den darauf fliessenden Verpflichtung zu entziehen. Vielmehr gelte als Kollisionsregel „Völkerrecht bricht Landesrecht“ ¹⁶⁴¹. Der Bundesrat behält hier einzig die Hypothese vor, dass grundlegende Prinzipien oder der Kern von Grundrechten verletzt würden ¹⁶⁴². Nachdem er in der EWR-Abstimmung Schiffbruch erlitten hatte, krebste der Bundesrat in der

¹⁶³⁵ für ein Revisionsverfahren nach Art. 66 Abs. 1 Bst. b VwVG, s. einen Entscheid des Bundesrates vom 19. Mai 1999, VPB 63 (1999) Nr. 86, S. 811-822; vgl. HAEFLIGER/SCHÜRMANN, S. 441-442

¹⁶³⁶ vgl. die Botschaft zur Genehmigung des Abkommens über den EWR, vom 18. Mai 1992, BBl 1992 IV 1, S. 88 (Vorrang des Völkerrechts); WILHELM, S. 237

¹⁶³⁷ Gutachten der Direktion für Völkerrecht, vom 4. Mai 1988, SJIR 1989, S. 216-217

¹⁶³⁸ WILHELM, S. 242, m. Hinw. auf S. 237-242; s. auch die zahlreichen Hinweise bei KAYSER, S. 148-149

¹⁶³⁹ Gutachten der Direktion für Völkerrecht, vom 18. März 1999, VPB 64 (2000) Nr. 22

¹⁶⁴⁰ s. insb. S. 420-423; vgl. WILHELM, S. 242

¹⁶⁴¹ BBl 1992 IV 1, S. 87-90; dies entspricht der Gemeinsamen Stellungnahme, S. 419-422

¹⁶⁴² BBl 1992 IV 1, S. 92

Botschaft über eine neue Bundesverfassung zurück. Er erwähnt dort den Vorrang nur noch als Grundsatz, um in einer Fussnote wieder auf die Schubert-Praxis hinzuweisen¹⁶⁴³.

Doch da das Bundesgericht nun offenbar auf eine völkerrechtsfreundlichere Linie umgeschwenkt hat, wird ihm wohl auch der Bundesrat folgen¹⁶⁴⁴. Soweit ersichtlich hat er bisher einzig in der Sud Provizel-Affäre, wo der Schweiz eine Verurteilung durch den Internationalen Gerichtshof drohte, den Vorrang des Völkerrechts über den Grundsatz der Gewaltenteilung gestellt. Was war geschehen?

433. *Fortsetzung. Die Sud Provizel-Affäre: Vorrang des Völkerrechts.*- Im Anschluss an das Urteil des Bundesgerichts i.S. *Sud Provizel SA*, das wie erwähnt (s. n° 421) die Liquidation dieser italienisch beherrschten Gesellschaft zu Gunsten des Kantons Graubünden bedeutete, intervenierte das italienische Aussenministerium wiederholt beim EDA und protestierte gegen eine solche Behandlung seiner Staatsangehörigen¹⁶⁴⁵. Es machte geltend, die Vorgehensweise gegenüber der Sud Provizel SA und ungefähr 50 weiteren Gesellschaften, die sich in verschiedenen Stadien von Ermittlungs- bzw. Auflösungsverfahren befanden, und letztlich die Bundesgesetzgebung an sich, verstiesse gegen den Niederlassungs- und Konsularvertrag mit der Schweiz von 1868, der den italienischen Staatsangehörigen das Recht zum Grundstückserwerb einräumt¹⁶⁴⁶. Die italienischen Behörden liessen es nicht mit Demarchen bewenden, sondern wiesen faktisch im Frühjahr 1991 ihre Notarinnen und Notare als Retorsionsmassnahme an, Grundstückskäufe von nicht in Italien niedergelassenen Schweizer Staatsangehörigen nicht mehr zu beurkunden. Im Juni fanden weitere Verhandlungen zwischen einer Delegation des italienischen Aussenministeriums und Vertretern der zuständigen Bundesämter statt. Italien stellte für den Fall eines Scheiterns der Verhandlungen die Einleitung eines internationalen Verfahrens gemäss einem entsprechenden Vertrag zwischen der Schweiz und Italien in Aussicht, der zur Streiterledigung vorsieht, dass die Sache nach erfolglosen diplomatischen Bemühungen und erfolglosem Schlichtungsverfahren unilateral dem Internationalen Gerichtshof

¹⁶⁴³ Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 135

¹⁶⁴⁴ Es wäre interessant zu wissen, inwieweit die völkerrechtsfreundlichen Äusserungen in den jüngeren Bundesgerichtsentscheiden durch die Gemeinsame Stellungnahme beeinflusst wurden und die Gemeinsame Stellungnahme wiederum durch die Publikationen von Professor JACOT-GUILLARMOD geprägt ist, und inwieweit die Gemeinsame Stellungnahme durch JACOT-GUILLARMOD als damaligem Vizepräsidenten des Bundesamtes für Justiz geprägt wurde und die Bundesgerichtsurteile hinwiederum durch JACOT-GUILLARMOD als nachmaligem Bundesrichter.

¹⁶⁴⁵ s. die Erläuterungen des Bundesrates an die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates, vom 20. Mai 1992 (erhältlich bei der Dokumentationszentrale der Parlamentsdienste, doc@pd.admin.ch), S. 2-3; vgl. COTTIER/PANNATIER, SJK 385, S. 15

¹⁶⁴⁶ Art. 1 Niederlassungs- und Konsularvertrag zwischen der Schweiz und Italien, vom 22. Juli 1868; SR 0.142.114.541

vorgelegt werden kann¹⁶⁴⁷. Dieser hätte die Schweiz unweigerlich verurteilt, da auf zwischenstaatlicher Ebene Völkerrecht vorgeht¹⁶⁴⁸. In dieser Situation schloss der Bundesrat mit Italien einen Vergleich ab: Die rund 50 italienisch beherrschten Gesellschaften sollten nicht aufgelöst werden, sondern jedem Aktionär in Anwendung von Art. 8 der Verordnung zur *Lex Friedrich* eine Bewilligung auf den persönlichen Namen für den Erwerb von so vielen Namenaktien erteilt werden, wie einer einzigen Ferienwohnung entsprechen; ein darüber hinausgehender Aktienbesitz musste an nicht der *Lex Friedrich* unterstellte Personen veräussert werden. Der Bündner Regierung empfahl er, auch mit der Sud Provizel SA und in zwei weiteren inzwischen vom Bundesgericht analog entschiedenen Fällen nach der Auflösung jener Gesellschaften analog zu verfahren, was Italien im Rahmen der diplomatischen Verhandlungen ausdrücklich verlangt hatte: Er empfahl ihr also, die Bundesgerichtsurteile nicht zu vollstrecken.

Der Bundesrat führte dazu gegenüber der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates aus¹⁶⁴⁹: *„Die strikte Beachtung der Gewaltentrennung, die darin bestanden hätte, die Aktiven der aufgelösten Gesellschaften zu konfiszieren, steht in diesem Fall sowohl dem nicht minder wichtigen Grundsatz pacta sunt servanda, als auch demjenigen der Rechtsgleichheit gegenüber.“* Es gebe keinen sachlichen Grund für die Schlechterstellung der Gesellschaften, die schon aufgelöst worden seien, gegenüber denjenigen, deren Ermittlungs- oder Auflösungsverfahren noch nicht abgeschlossen sei. Auf einer mehr menschlichen als rechtlichen Ebene wäre es zudem geradezu schockierend, wenn die Aktionäre, welche ihre Aktien vielfach gutgläubig von inländischen Spekulanten erworben und als Touristen zum Wohlstand des Oberengadins beigetragen hätten, nach zwei Jahrzehnten wie gemeine Verbrecher entschädigungslos vor die Tür gesetzt würden. *„Die der Bündner Regierung empfohlene Regelung stellt das Ergebnis einer Güterabwägung und letztlich eines Kompromisses dar, der den verschiedenen, sich hier widersprechenden Maximen unseres Staatswesens so weitgehend wie möglich, wenn auch notwendigerweise nicht vollständig Rechnung trägt.“* In diesem Sinn beantwortete der Bundesrat auch zwei dringliche Interpellationen im Nationalrat seitens der sozialdemokratischen Fraktion und ihres Mitglieds HANS STEFFEN¹⁶⁵⁰, welche erstere aber diese Antwort nicht befriedigte und letzterer diese „rechtsprofessoral“ und nur teilweise befriedigend fand, weshalb beide eine Diskussion verlangten¹⁶⁵¹.

¹⁶⁴⁷ Vertrag zwischen der Schweiz und Italien zur Erledigung von Streitigkeiten im Vergleichs- und Gerichtsverfahren, vom 20. September 1924; SR 0.193.414.54

¹⁶⁴⁸ KÄLIN, *Schubert*, S. 76, m. Hinw.

¹⁶⁴⁹ Erläuterungen des Bundesrates an die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates (Fn. 1645), S. 7

¹⁶⁵⁰ Amtl. Bull. NR 1992, S. 1082 u. 1083

¹⁶⁵¹ *ibid.*, S. 1084

434. *Fortsetzung: Nationalrätliche Kritik.*- Zuhanden der sozialdemokratischen Fraktion äusserte Nationalrat BUNDI, es sei einmalig und staatsrechtlich bedenklich, dass der Bundesrat indirekt ein Gesetz ausser Kraft setze und Bundesgerichtsurteile missachte; wenn dieses Beispiel Schule machen sollte, gerieten wir in den Zerfall der Demokratie. Selbst wenn ein internationaler Gerichtsentscheid für die Schweiz negativ ausgefallen wäre – was BUNDI bezweifelte, da die beiden Räte die Ansicht vertraten hatten, die Gleichbehandlungsklauseln gälten nur für in der Schweiz wohnhafte Ausländerinnen und Ausländer –, wäre das „*besser zu ertragen gewesen, als wenn uns von der Exekutive gesagt wird, wie es gehen muss*“. Unter Berufung auf die Meinung des ehemaligen Direktors des Eidgenössischen Bundesamtes für Justiz PAUL ZWEIFEL schloss BUNDI, Art. 102 Ziff. 5 aBV (nun Art. 182 Abs. 2 BV) verpflichte den Bundesrat zum Vollzug der Urteile des Bundesgerichts, „*selbstverständlich so, wie sie lauten, ohne sich materiell damit auseinanderzusetzen. Diesem Auftrag ist der Bundesrat in den öffentlich kritisierten Bündner Fällen nicht nachgekommen. Nicht nur hat er die betreffenden Urteile des Bundesgerichts nicht vollzogen, er hat überdies den klaren Willen des Gesetzgebers missachtet. Dazu war er auch auf Grund seiner aussenpolitischen Kompetenzen nicht befugt.*“ Was ihn zusätzlich bedenklich stimmte, war, dass einer der Eigentümer der betroffenen Gesellschaften offenbar der italienische Aussenminister war ¹⁶⁵².

Auch für Nationalrat STEFFEN war die Lösung „*staatsrechtlich fragwürdig*“ und für den Normalbürger „*erschütternd*“ (hier zitierte er die NZZ); der Bundesrat habe „*den Volkszorn heraufbeschworen*“ ¹⁶⁵³. HANSJÜRGE WEDER von der LdU/EVP-Fraktion forderte „*eine hundertachtziggrädige Kehrtwendung (...) auf den Pfad der demokratischen und gesetzlichen Tugend*“ zurück ¹⁶⁵⁴, und ENGLER von der christlichdemokratischen Fraktion warf dem Bundesrat vor, er akzeptiere den politischen Willen nicht und scheue den Weg ins Parlament; auch er bezweifelte zudem die Völkerrechtswidrigkeit der *Lex Friedrich* ¹⁶⁵⁵. Der Grüne PETER SCHMID fand die praktischen Nachteile im Fall der Anwendung der *Lex Friedrich* nicht gewichtig genug, um deren Vollzug aufzuweichen oder gar zu sistieren ¹⁶⁵⁶. Auch VOLLMER (SP) stellte fest, „*dass hier eine sehr fragwürdige Rechtsgüterabwägung vorgenommen wird.*“ Der Bundesrat handle gegen Treu und Glauben, wenn er „*dieses Parlament, das diese Gesetze so beschlossen hat, derart umgeht.*“ ¹⁶⁵⁷ Dagegen teilte Nationalrat COTTI (CVP) den Entscheid des Bundesrates. Das Bundesgericht habe die *Lex Friedrich* extensiv ausgelegt und einen unverhältnismässigen Entscheid getroffen; an den daraus

¹⁶⁵² *ibid.*, S. 1085

¹⁶⁵³ *ibid.*, S. 1086

¹⁶⁵⁴ *ibid.*

¹⁶⁵⁵ *ibid.*, S. 1087

¹⁶⁵⁶ *ibid.*, S. 1087-1088

¹⁶⁵⁷ *ibid.*

entstandenen Schwierigkeiten sei das Parlament selber Schuld, das dieses verfassungs- und völkerrechtlich fragwürdige Gesetz beschlossen habe. Parteikollege BAUMBERGER pflichtete dem bei.¹⁶⁵⁸

Bundesrat DELAMURAZ verteidigte die bundesrätliche Interessenabwägung¹⁶⁵⁹. Ausserdem habe es die Dringlichkeit der Angelegenheit dem Bundesrat nicht erlaubt, sich ans Parlament für eine Änderung der *Lex Friedrich* zu wenden.

435. *Gerichtliche Durchsetzung.*- Vor allen Gerichten und Behörden in Bund und Kantonen können die sich aus völkerrechtlichen Verträgen ergebenden Ansprüche geltend gemacht werden. Vgl. n° 379-382.

B. Die Kompetenzverteilung in völkerrechtlichen Angelegenheiten

438. *Bundesrätliche Führung, Beteiligung von Kantonen, Parlament und Volk.*- Der Bund verfügt im Gegensatz zu seinen innerstaatlichen abschliessend enumerierten Kompetenzen über umfassende aussenpolitische Befugnisse. In föderalistischer Zurückhaltung sucht er aber ein Auseinanderfallen von innerem und äusserem Kompetenzbereich zu vermeiden. Die neue Bundesverfassung hält nun die Mitwirkungsrechte der Kantone ausdrücklich fest (n° 439-453).

Innerhalb des Bundes wird die Aussenpolitik auch in der Schweiz von der Exekutive dominiert. Diese führt die Aussenpolitik in Kooperation mit dem Parlament (n° 454-463). Dessen Mitwirkungsrechte wurden im Zuge der zunehmenden Interdependenz von Aussen- und Innenpolitik ausgebaut. Sie sind neu in der Verfassung verankert (n° 464-471). Das Volk ist vor allem durch das Vertragreferendum und dessen präventive Wirkung am aussenpolitischen Geschehen beteiligt. In letzter Zeit sind aber auch vermehrt Initiativen mit aussenpolitischer Stossrichtung eingegangen (n° 472-481). Das Bundesgericht spielt wegen des Anwendungsgebots für Völkerrecht von Art. 191 BV und einer auf Kompetenzstreitigkeiten zwischen Bund und Kantonen beschränkten Zuständigkeit keine gewichtige aussenpolitische Rolle (n° 482-486).

¹⁶⁵⁸ *ibid.*, S. 1086-1087

¹⁶⁵⁹ *ibid.*, S. 1088-1089

1. Kompetenzverteilung zwischen dem Bund und den Kantonen

439. *Rechtlich umfassende Bundeskompetenzen, ...*- Während in landesrechtlichen Angelegenheiten der Bund nur über die ihm übertragenen Kompetenzen verfügt (Art. 3 u. 42 BV), sind die auswärtigen Angelegenheiten generell Sache des Bundes (nun ausdrücklich Art. 54 Abs. 1 BV). Diese – von fast alle Bundesstaaten getroffene – umfassende Kompetenzzuweisung an die Zentralgewalt ergibt sich aus der Notwendigkeit, gegen aussen als Einheit aufzutreten (vgl. n° 113) ¹⁶⁶⁰. Der Bund kann deshalb völkerrechtliche Verträge auch auf Gebieten abschliessen, für die innerstaatlich die Kantone zuständig sind (vgl. die analogen Regelungen in Deutschland, n° 117, und in den USA, n° 274) ¹⁶⁶¹. Ein Teil der älteren Lehre hatte demgegenüber die föderalistische Auffassung vertreten, der Bund dürfe seine innerstaatlichen Kompetenzen nicht mittels internationaler Abkommen ausweiten ¹⁶⁶². Diese Gefahr war nicht nur eine scheinbare: 1864 hatte der Bund mit Frankreich einen Niederlassungsvertrag abgeschlossen, welcher den französischen Bürgerinnen und Bürgern das Niederlassungsrecht garantierte ¹⁶⁶³. Weil aber die Bundesverfassung von 1848 dieses Recht den Schweizerinnen und Schweizern nichtchristlicher Religionen – also in der Praxis: jüdischen Glaubens – vorenthielt, waren damit in der Eidgenossenschaft die schweizerischen Israeliten schlechter gestellt als ihre französischen Kultusgenossen. Die Bundesverfassung wurde daher 1866 angepasst. Der Inhalt der Änderung kann somit zwar keinesfalls beanstandet werden, im Gegenteil, wohl aber die Umstände ¹⁶⁶⁴.

¹⁶⁶⁰ AUBERT, *Traité*, Nr. 672; SCHINDLER, *Art. 8*, Rz. 2, 6-8, 30-32; THÜRER, *Föderalismus*, S. 53, 55; IDEM, *Verfassungsstaat*, S. 289; WILDHABER, *Kompetenzordnung*, S. 122; IDEM, *Parliamentary Participation*, S. 131-132; WILHELM, S. 24-25; PFISTERER, *Rolle*, S. 544; IDEM, *Auslandbeziehungen*, Rz. 27; COTTIER/WÜGER, S. 266-268; MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 98; SCHÖNENBERGER, S. 751; THÜRER, *Verfassungsrecht*, Rz. 39-41; ZIMMERLI, *Bundesversammlung*, Rz. 25; vgl. WILDHABER, *Legalitätsprinzip*, S. 169-177; KÄLIN, *Verfassungsgrundsätze*, S. 269-284; STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 67-70; ABDERHALDEN, *Kompetenzen*, S. 134; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1120-1121

¹⁶⁶¹ THÜRER, *Föderalismus*, S. 55; WILDHABER, *Parliamentary Participation*, S. 132; PFISTERER, *Rolle*, S. 545; IDEM, *Auslandbeziehungen*, *ibid.*; ABDERHALDEN, *Möglichkeiten*, S. 126; SCHÖNENBERGER, S. 755; STEIMEN, S. 8-9; RHINOW, *Bundesverfassung*, S. 384; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1123 u. 1896; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 229 u. 231. – Die Rechtslage ist also die gleiche wie unter der aBV; s. dazu WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 312-315, u. *Kompetenzordnung*, S. 124; AUBERT, *ibid.*, Nr. 676; MONNIER, S. 145-146; SCHINDLER, *Art. 8*, Rz. 6; WILHELM, S. 24-25; THÜRER, *Bundesverfassung und Völkerrecht*, Rz. 25; STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 70-81; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 957 u. 1237; EPINEY, *Beziehungen*, Rz. 20.

¹⁶⁶² s. die Hinweise bei AUBERT, *ibid.*, Nr. 674, WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 310-312, MONNIER, S. 146, SCHINDLER, *ibid.*, WILHELM, S. 24, u. STURNY, *ibid.*, S. 73. Dieser Gedanke ist in der jüngeren Lehre wieder befürwortet worden, s. THÜRER, *Föderalismus*, S. 70-73. – Vgl. dazu Deutschland, n° 116, und die USA, n° 273.

¹⁶⁶³ AUBERT, *ibid.*, Nr. 675; WILDHABER, *ibid.*, S. 313-314, u. *Kompetenzordnung*, S. 124; vgl. STURNY, *ibid.*, S. 74-75; ABDERHALDEN, *Möglichkeiten*, S. 129; EADEM, *Kompetenzen*, S. 125-127

¹⁶⁶⁴ AUBERT, *Traité*, Nr. 675 u. 95, m. w. Hinw.

Obwohl die föderalistische These also nicht ohne Berechtigung war, vermochte sie sich nicht gegen die zentralistische Auffassung durchzusetzen ¹⁶⁶⁵.

440. ... *aber kooperativer Föderalismus in der Praxis*.- Die föderalistische Theorie ist aber nicht ohne Einfluss auf die politische Praxis der Bundesbehörden geblieben. Es kommt selten vor, dass diese ihre aussenpolitischen Kompetenzen zur Beschneidung der kantonalen Zuständigkeiten gebrauchen. Im Gegenteil scheut der Bund bisweilen vor dem Abschluss von Verträgen zurück, welche in die Gesetzgebungskompetenzen der Kantone eingreifen würden ¹⁶⁶⁶. Betroffen von dieser föderalistischen Zurückhaltung waren in den letzten Jahren vor allem im Rahmen des Europarates und der Internationalen Arbeitsorganisation ausgearbeitete Verträge. So verzichtete der Bundesrat auf die Ratifikation des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK, welches das Recht auf Bildung garantiert, da die Kantone darin eine Verletzung ihrer Kompetenzen im Schulwesen erblickten ¹⁶⁶⁷, oder er lehnte den Beitritt zu den IAO-Übereinkommen Nr. 10 über das Mindestalter in der Landwirtschaft mit dem Hinweis auf seine fehlende Gesetzgebungshoheit in landwirtschaftlichen Belangen ab ¹⁶⁶⁸. Andererseits schliesst er bisweilen völkerrechtliche Verträge mit Mitwirkung, Zustimmung und im Namen der Kantone ab, wenn deren Kompetenzen betroffen sind (s. *infra*, n° 447) ¹⁶⁶⁹. In Folge der zunehmenden internationalen Verflechtung, die immer weniger eine klare Trennung zwischen Innen- und Aussenpolitik erlaubte, wurde das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen immer mehr von wechselseitiger Rücksichtnahme und Zusammenarbeit geprägt, und es hat sich das bundesrechtliche Gebot der *Courtoisie fédéraliste* entwickelt, wonach sich der Bund Zurückhaltung aufzuerlegen hat, wenn er die Kompetenzen der Kantone berührt. Art. 54 Abs. 3 der neuen Bundesverfassung kodifiziert diese Entwicklung ¹⁶⁷⁰: „Der Bund nimmt Rücksicht auf die Zuständigkeiten

¹⁶⁶⁵ vgl. AUBERT, *ibid.*, Nr. 676, SCHINDLER, *Art. 8*, Rz. 6-7, und WILHELM, S. 24-25; STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 72-73

¹⁶⁶⁶ AUBERT, *ibid.*, Nr. 678; JACOT-GUILLARMOD, *Primaauté*, S. 408-409; MONNIER, S. 146; SCHINDLER, *ibid.*, Rz. 9; THÜRER, *Föderalismus*, S. 55; WILDHABER, *Kompetenzordnung*, S. 125; WILHELM, S. 24-25; SCHÖNENBERGER, S. 755-756; STURNY, *ibid.*, S. 78-79, 130; ABDERHALDEN, *Möglichkeiten*, S. 128; STEIMEN, S. 9; vgl. ZIMMERLI, S. 57; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 229

¹⁶⁶⁷ Bundesratsentscheid vom 26. Juni 1985, publiziert in SJIR 1985, S. 245 u. 249

¹⁶⁶⁸ SCHINDLER, *Art. 8*, Rz. 10; PFISTERER, *Rolle*, S. 545; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1238; SCHÖNENBERGER, S. 756; STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 79-80 u. 148-149, m. w. Hinw.

¹⁶⁶⁹ STURNY, *ibid.*, S. 80-81

¹⁶⁷⁰ HANGARTNER, *Entwurf*, S. 151; MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 98, 101-102; SCHÖNENBERGER, S. 751; vgl. STURNY, *ibid.*, S. 130-131; BIAGGINI, S. 725; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1239; RHINOW, *Bundesverfassung*, S. 383-385; ZIMMERLI, S. 56-58; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1120, 1124 u. 1128; PFISTERER, *Auslandbeziehungen*, Rz. 1-2, 30-37; vgl. IDEM, *Rolle*, S. 545-547; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 231; vgl. auch Art. 24^{bis} Abs. 4 aBV (Art. 76 Abs. 6 BV) (Berücksichtigung kantonalen Bedürfnisse bei der Ausübung der wasserrechtlichen Kompetenzen des Bundes)

der Kantone und wahrt ihre Interessen.“ Die Lehre sieht in dieser Bestimmung vereinzelt sogar eine Verankerung der föderalistischen Theorie ¹⁶⁷¹.

a) Die Kompetenzen des Bundes

441. *Die aussenpolitischen Kompetenzen sind umfassend ...- „Die auswärtigen Angelegenheiten sind Sache des Bundes“* (Art. 54 Abs. 1 BV). Auf Grund dieser umfassenden Kompetenzzuteilung kann der Bund Staaten anerkennen, mit ihnen Verträge abschliessen, diplomatische und konsularische Beziehungen aufnehmen, Entwicklungshilfe gewähren und gute Dienste zur Verfügung stellen, er kann Rechtshilfe leisten, internationalen Organisationen beitreten, Verfahren vor internationalen Organen einleiten und an der Kodifikation des Völkerrechts mitwirken. Er kann aber auch Massnahmen mit einem weniger engen Zusammenhang zur Aussenpolitik treffen, so die Unterstützung von fürs Ausland bestimmten Radioprogrammen, die Gewährung von Stipendien an ausländische Studierende, die Regelung der grenzüberschreitenden Rechtsbeziehungen Privater (IPRG), oder die Niederlassung der ausländischen Staatsangehörigen und deren Recht, Grundstücke zu erwerben, da dieses nach Ansicht des Bundesrates die Unabhängigkeit der Schweiz gefährden könnte. Es genügt, dass die Massnahmen auf irgend eine Weise im Interesse der Aussenpolitik sind ¹⁶⁷². Art. 101 BV erteilt dem Bund zudem ausdrücklich die Kompetenz zur Aussenwirtschaftspolitik.

442. *... aber nicht unbegrenzt. Verfassungsrechtliche Schranken.-* Die schweizerische Praxis und Lehre zur verfassungsrechtlichen Beschränkung der auswärtigen Gewalt wurde stark von einem Rechtsgutachten geprägt, das WALTHER BURCKHARDT 1938 für das EPD verfasst hat ¹⁶⁷³. Er hatte darin die Frage zu klären, ob die Schweiz trotz allgemeiner Wehrpflicht (Art. 18 Abs. 1 aBV, nun Art. 59 Abs. 1 BV) mit den USA einen Vertrag abschliessen könne, der in den USA geborene und wohnhafte schweizerisch-amerikanische Doppelbürger von Militärdienst oder Militärpflichtersatz befreite. Durfte der Bund einen Vertrag abschliessen, welcher inhaltlich der Verfassung widersprach? – BURCKHARDT kam zum Schluss, dass Verfassungsbestimmungen, welche gerade für den Fall des Vertragsschlusses aufgestellt wurden, wie z.B. das Verbot des Art. 11 aBV, Militärkapitulationen abzuschliessen, beim Abschluss von

¹⁶⁷¹ so AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *ibid.*, Rz. 957, 1236 u. 1239; s. *contra* die in Fn. 1661 zitierte Literatur

¹⁶⁷² s. MONNIER, S. 150-154, m. w. Hinw.; WILDHABER, *Kompetenzordnung*, S. 122-123

¹⁶⁷³ zit. in VEB 29 (1959/1960) Nr. 3, SJIR 19 (1962), S. 177-179, u. MÜLLER/WILDHABER, S. 198-200; vgl. MÜLLER, *Völkerrecht*, S. 232; MONNIER, S. 146-148; SCHINDLER, *Art. 8*, Rz. 15; WILHELM, S. 261

Abkommen sicher zu berücksichtigen seien. Die meisten Verfassungsnormen gälten aber für das innere, nicht für das internationale Verhältnis. BURCKHARDT zählte dazu die Bestimmungen über die Grundrechte, die Kompetenzausscheidung Bund-Kantone und die Richtlinien für die Gesetzgebung und Verwaltung des Bundes. Auch von diesen innengerichteten Normen werde die Schweiz zwar nur ungern abgehen, und von einigen besonders ungern; für das Aussenverhältnis sei aber zu berücksichtigen, dass eine Verständigung mit anderen Staaten unmöglich wäre, wenn jeder Staat an seinen eigenen Verfassungsgrundsätzen festhielte. Die allgemeine Wehrpflicht sei eine Richtlinie der Gesetzgebung und Verwaltung, also eine innengerichtete Norm. Die Verfassung wollte sich kaum darüber aussprechen, ob davon aus Gründen der internationalen Politik abgewichen werden dürfe. *„Selbstverständlich wird der Bund auch in seinen zwischenstaatlichen Abmachungen und seiner Praxis von einem solchen Grundsatz umso weniger abweichen, als er für den inneren Aufbau des Staates wichtiger ist. Aber (...) die Verfassung verbietet nicht von vorneherein solche Abweichungen; sie überlässt es der Bundesbehörde zu beurteilen, wann das internationale Interesse sie fordere und rechtfertige.“* Wenn zum Beispiel eine allgemeine Abrüstung zu Stande gekommen wäre, so BURCKHARDT, hätte die Schweiz doch den verfassungsmässigen Grundsatz der allgemeinen Wehrpflicht nicht zum Massstab einer internationalen Abrüstung machen dürfen.

Das EPD seinerseits nahm in einem Gutachten von 1957 über die Verfassungsschranken beim Vertragsschluss weitergehende Schranken an: *„Sicher können auf dem Wege des Staatsvertrages nicht fundamentale Normen der Bundesverfassung aufgehoben oder geändert werden. Es ist nicht angängig, auf diese Weise die grundlegende Struktur des schweizerischen Staatsrechtes umzustürzen.“* Dies ergebe sich daraus, dass der Bund solchen völkerrechtlichen Pflichten mit dem Verfahren der Verfassungsrevision nachkommen könne. Doch abgesehen davon sei der Auffassung BURCKHARDTS zuzustimmen: *„Wo die Verfassung lediglich interne Probleme regeln will und das Verhältnis nach aussen offenlässt, ist die Bahn frei für eine staatsvertragliche Normierung, desgleichen dann, wenn es sich nicht um schwerwiegende und umstürzende Eingriffe in die innere Struktur handelt.“*¹⁶⁷⁴

Der in diesen Gutachten zum Ausdruck kommende Gedanke einer Güterabwägung zwischen den auf dem Spiel stehenden verfassungsmässigen Werten und den internationalen Interessen im Einzelfall ist in der Lehre auf Zustimmung gestossen und prägt auch die Praxis des Bundes. Da Innen- und Aussenpolitik oft zusammenhängen, ist die Unterscheidung von aussen- und innengerichteten Normen alleine kein taugliches Kriterium. Zudem ist die These, der Bund sei im Auswärtigen nur an aussengerichtete Normen gebunden, desto unbefriedigender, je grösser die zwischenstaatliche Interdependenz wird. Deshalb wird in der Lehre heute angenommen,

¹⁶⁷⁴ VPB 29 (1959/1960) Nr. 3, S. 22, u. SJIR 19 (1962) S. 180

dass es unmöglich sei, einen abschliessenden Katalog der Verfassungsbestimmungen aufzustellen, von denen beim Vertragsschluss nicht abgewichen werden darf. Vielmehr sei in jedem Einzelfall eine Abwägung der in Frage stehenden Werte vorzunehmen ¹⁶⁷⁵.

Vereinzelt wird auch angenommen, der Bund dürfe die auswärtige Gewalt nicht ohne besondere verfassungsrechtliche Ermächtigung oder einen dem obligatorischen Referendum unterstehenden Bundesbeschluss in Abweichung von verfassungsrechtlichen Bindungen ausüben ¹⁶⁷⁶. Diese Ansicht greift indes zu weit in die aussenpolitische Handlungsfähigkeit des Bundes ein, die eine gewisse Flexibilität bewahren muss. So können z.B. Grundrechte in gleicher Weise wie durch Gesetze auch durch völkerrechtliche Verträge eingeschränkt werden, wenn die Einschränkung durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig ist und deren Kerngehalt nicht antastet (Art. 36 BV; vgl. sogleich n° 445) ¹⁶⁷⁷. Ebensowenig wie für ein entsprechendes Gesetz ist dazu eine vorgängige Verfassungsrevision nötig. Die Unterstellung unter das fakultative Vertragsreferendum genügt zur demokratischen Legitimation der Einschränkung (vgl. n° 477).

443. *Einzelne Schranken. a) Innere Struktur der Eidgenossenschaft.*- Die Auffassung, dass schwerwiegende Eingriffe in die innere Struktur der Schweiz durch einen völkerrechtlichen Vertrag nur zulässig sind, wenn diese durch eine Verfassungsrevision bestätigt werden, entwickelte sich im Hinblick auf einen EG-Beitritt der Schweiz. Art. 89 Abs. 5 aBV (heute Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV) machte deshalb den Beitritt zu supranationalen Gemeinschaften von der Zustimmung von Volk und Ständen abhängig, wie auch den Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit (s. n° 475). Doch auch bei anderen schwerwiegenden Eingriffen in die Staatsstruktur wäre eine Zustimmung durch die verfassungsgebende Gewalt unabdingbar, so z.B. bei Verträgen, welche allein der Vereinheitlichung kantonalen Rechts dienen oder den Kantonen Kernbereiche ihrer Zuständigkeiten entzögen ¹⁶⁷⁸. Die kantonale Zuständigkeiten bilden wie erwähnt keine eigentliche Schranke der auswärtigen Kompetenzen des Bundes. Sie auferlegen ihm aber eine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Zuständigkeiten der Kantone, wie Art. 54

¹⁶⁷⁵ WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 383, m. w. Hinw.; vgl. IDEM, *Menschenrechte*, S. 423-425; MÜLLER, *Völkerrecht*, S. 232-233; KÄLIN, *Verfassungsgrundsätze*, S. 351-353; MONNIER, S. 149-150; SCHINDLER, *Art. 8*, Rz. 18; WILHELM, S. 262-263; STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 82-83; COTTIER/HERTIG, S. 8-9

¹⁶⁷⁶ so HANGARTNER/KLEY, Rz. 1158

¹⁶⁷⁷ SCHINDLER, *Art. 8*, Rz. 23; WILDHABER, *Menschenrechte*, S. 436-437 Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 195 u. 132

¹⁶⁷⁸ MÜLLER, *Völkerrecht*, S. 234; SCHINDLER, *ibid.*, Rz. 19-20, u. *Vorrang des Völkerrechts*, S. 327, m. w. Hinw. Nach Meinung einiger Autoren (in jüngerer Zeit MONNIER, S. 150, und STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 83; f. w. Hinw. s. SCHINDLER, *Art. 8*, Rz. 19) dürfte der Bund gar keine Verträge mit dem einzigen Zweck abschliessen, sich zusätzliche Kompetenzen zu verschaffen. Auch solche Verträge wären jedenfalls angesichts der umfassenden Vertragsschlusskompetenz des Bundes völkerrechtlich verbindlich (Art. 46 WVÜ); vgl. ZELLWEGER, *Völkerrecht*, S. 76-79

Abs. 3 BV nun ausdrücklich festhält, und zu deren Einbindung in sie betreffende aussenpolitische Vorhaben; s. n° 439-440 u. n° 447.

Die Bundesversammlung hat zudem weitere Verträge wegen ihrer überragenden politischen und wirtschaftlichen Bedeutung dem obligatorischen Referendum unterstellt. Auch wenn sie die verfassungsrechtliche Struktur der Eidgenossenschaft nicht berührten, bestand das Bedürfnis nach einer Legitimation durch Volk und Stände (n° 476).

444. *b) Verfassungsrechtliche Ziele und Maximen der Aussenpolitik.* – Sie gehören klar zu den aussengerichteten Normen und sind schon deshalb verbindlich. Natürlich muss sich die Aussenpolitik zunächst im Rahmen der von der Verfassung vorgegebenen aussenpolitischen Ziele bewegen (s. Art. 54 Abs. 2 BV sowie die Präambel, Art. 2 Abs. 1 u. 4 BV; *supra*, n° 338). Der Bund muss sich also für die Bewahrung der Unabhängigkeit und Wohlfahrt der Schweiz einsetzen und hinwirken auf die Linderung von Not und Armut in der Welt, die Achtung der Menschenrechte, die Förderung der Demokratie, das friedliche Zusammenleben der Völker sowie die Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen. Er muss alles vermeiden, was diesen Zielen abträglich sein könnte. Doch eine grosse Einschränkung der Handlungsfreiheit des Bundes stellen diese Ziele nicht dar: Je nach Gewichtung können die aussenpolitischen Massnahmen ganz verschieden ausfallen ¹⁶⁷⁹.

Ausserdem wird die Aussenpolitik von den der Zielverwirklichung dienenden verfassungsrechtlichen Maximen der Neutralität, Universalität, Solidarität und Disponibilität geleitet, deren konkreter Inhalt einem zeitbedingten Wandel unterworfen ist und die damit die aussenpolitische Handlungsfreiheit auch nicht wesentlich beschränken ¹⁶⁸⁰.

445. *c) Grundrechte.* – Die Grundsätze rechtstaatlichen Handelns gelten für das gesamte staatliche Handeln (Art. 5 BV). Sie gelten also auch für aussenpolitische Akte. Der Bund ist deshalb auch im auswärtigen Bereich an die Grundrechte gebunden. Diese weisen einerseits dem aussenpolitischen Handeln als programmatische Zielbestimmungen die Richtung, andererseits begrenzen sie es (Art. 35 BV) ¹⁶⁸¹.

Die Grundrechte begrenzen allgemein die *zwischenstaatliche Kooperation*: Einem Auslieferungs- oder Rechtshilfegesuch wird nicht entsprochen, wenn das Strafverfahren im ersuchenden Staat schwere Mängel aufweist (vgl. *supra*, n° 363, 365,

¹⁶⁷⁹ vgl. WILDHABER, *Menschenrechte*, S. 423-425, 431-435, 439-440; EPINEY, *Beziehungen*, Rz. 4, 16-18; SCHWAB, S. 198

¹⁶⁸⁰ s. dazu eingehend KÄLIN, *Verfassungsgrundsätze*, S. 292-347; vgl. MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 105-127; EPINEY, *ibid.*, Rz. 15 *in fine*

¹⁶⁸¹ BGE 126 II 325, S. 327 E. 4d, *Glouchkov c. Ministère public de la Confédération*, vom 19. Juni 2000; KÄLIN, *ibid.*, S. 286, 340-353

381, 423) ¹⁶⁸²; die Anerkennung ausländischer Gerichtsurteile steht unter dem Vorbehalt des schweizerischen *ordre public*, der u.a. verletzt ist, wenn das ausländische Urteil gegen Grundrechte verstösst ¹⁶⁸³; die Ausfuhr von Kriegsmaterial in Staaten, die Menschenrechte schwer und systematisch verletzen, ist untersagt ¹⁶⁸⁴. Und wenn die Verwaltungsgerichtsbeschwerde für Verfügungen auf dem Gebiete der auswärtigen Angelegenheiten ausgeschlossen ist (Art. 100 Abs. 1 Bst. a OG), so bedeutet das nur, dass aussenpolitische Regierungsakte gerichtsfrei, nicht aber, dass sie rechtsfrei sind (KÄLIN): Auch wo der Bundesrat alleine zuständig ist und seine Handlungen nicht durch ein Gericht überprüft werden sollen, ist er ans Recht gebunden (Art. 5 BV) ¹⁶⁸⁵.

Die Grundrechte begrenzen im Speziellen den *Vertragsschluss*. Völkerrechtliche Verträge dürfen Grundrechte wie erwähnt (n° 442 *in fine*) nur unter den auch für Gesetze geltenden Voraussetzungen beschränken. Die von der Justizabteilung vertretene Meinung, dass bestimmte prozessuale Grundrechte und die ideellen Freiheitsrechte (z.B. Meinungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit, Glaubens- und Gewissensfreiheit) vertragliche Einschränkungen grundsätzlich nicht ertragen, greift dagegen zu weit. Die Lehre ist sich indes einig, dass die Einschränkung ideeller und prozessualer Grundrechte in der Praxis nur ausnahmsweise aktuell wird, und es sind offenbar keine entsprechenden Abkommen bekannt ¹⁶⁸⁶.

Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit wurden auf Grund der aus der allgemeinen Zuständigkeit für das Auswärtige und für die Erhebung von Zöllen nach Art. 28 und 29 aBV abgeleiteten Aussenwirtschaftskompetenz des Bundes dagegen stets als zulässig angesehen ¹⁶⁸⁷. Art. 101 Abs. 2 BV führt diese Praxis nach ¹⁶⁸⁸. Auch Eigentumsbeschränkungen im Rahmen von Globalentschädigungsabkommen bei Nationalisierungen werden als zulässig erachtet ¹⁶⁸⁹. In Anlehnung an die

¹⁶⁸² s. insb. Art. 2 IRSG; Art. 3 Ziff. 3 EUeA

¹⁶⁸³ s. insb. Art. 27 Abs. 1 IPRG u. Art. 27 Ziff. 1 u. LugUe; SIMON OTHENIN-GIRARD, *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse. Personnes – Famille – Successions*, Diss. Neuchâtel, Zürich 1999, Nr. 347-354 u. 474

¹⁶⁸⁴ Art. 22 des Bundesgesetz über das Kriegsmaterial, vom 13. Dezember 1996 (Kriegsmaterialgesetz, KMG; SR 514.51) in Verbindung mit Art. 5 Bst. b der Verordnung über das Kriegsmaterial, vom 25. Februar 1998 (Kriegsmaterialverordnung, KMV; SR 514.511. – S. zum Ganzen, KÄLIN, *Verfassungsgrundsätze*, S. 361-364.

¹⁶⁸⁵ *ibid.*, S. 349-350

¹⁶⁸⁶ Gutachten der Justizabteilung, vom 13. Juli 1973, VPB 37 (1973) Nr. 32, S. 14; SCHINDLER, *Art. 8*, Rz. 24; vgl. MÜLLER, *Völkerrecht*, S. 233; WILDHABER, *Menschenrechte*, S. 436-437; GRISEL, *A propos*, S. 383-384; eingehend KÄLIN, *ibid.*, S. 354-358

¹⁶⁸⁷ WILDHABER, *ibid.*, S. 437-439; KÄLIN, *ibid.*, S. 355-356; SCHINDLER, *ibid.*, Rz. 23

¹⁶⁸⁸ Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 309

¹⁶⁸⁹ Einen guten Überblick bietet die Botschaft des Bundesrates vom 17. September 1979 zum Bundesgesetz über Entschädigungsansprüche gegenüber dem Ausland, vom 21. März 1980 (SR 981), BBl 1979 II 1157. Beispiele für Entschädigungsabkommen: Zaire (BBl 1981 I 181; AS 1984 170); Marokko (BBl 1978 II 729; AS 1981 145); Ungarn (BBl 1950 III 263 u. 1973 I 1417; AS 1950 712 u. 1974 1506); Jugoslawien (BBl 1948 III 658 u. 1959 II 849; AS 1948 1007 u. 1959 627). – Globalent-

„Annäherungstheorie“ des deutschen Bundesverfassungsgerichts im Falle des Saar-Abkommens ¹⁶⁹⁰ macht die Lehre geltend, dass eine teilweise Entschädigung näher an der Verfassung liege als gar keine ¹⁶⁹¹.

Andererseits stellen Grundrechte aussenpolitische *Zielvorgaben* dar: Die Schweizerinnen und Schweizer sollen für ihre grenzüberschreitenden Aktivitäten ähnlich freiheitliche Bedingungen haben wie im Inland; der Bund soll sich deshalb auch international für eine Stärkung der Menschenrechte einsetzen. In diesem Zusammenhang sind z.B. die Ratifikation der EMRK und der UNO-Pakte, die finanzielle Unterstützung des IKRK oder der Beitritt zu den Institutionen von Bretton Woods und die sektoriellen Abkommen mit der EU zu sehen ¹⁶⁹².

446. *Völkerrechtliche Vorgaben.*- Die wachsende Interdependenz hat einen Strukturwandel des Völkerrechts von einem Koexistenz- zu einem Koordinationsrecht zur Folge. Die Aussenbeziehungen werden zunehmend vom Völkerrecht geleitet, das in wichtigen Bereichen wie der Erhaltung des Weltfriedens, der Entwicklungshilfe, der internationalen Zusammenarbeit in wirtschaftlichen, technischen und kulturellen Belangen, der Menschenrechte und der Erhaltung der Umwelt Ziele und Schranken vorgibt, und mannigfache vertragliche Bestimmungen regeln die internationalen Beziehungen ¹⁶⁹³. Gegen diese Ziele und Schranken darf der Bund nicht verstossen, wenn sie zum *ius cogens* gehören; vgl. n° 363-368.

b) Die Kompetenzen der Kantone

447. *Mitwirkung an der Aussenpolitik des Bundes. a) Mitwirkung an der Vorbereitung aussenpolitischer Entscheide.*- Auch die Zusammenarbeit von Bund und Kantonen wurde im Rahmen der Nachführung in Art. 55 BV festgehalten und präzisiert ¹⁶⁹⁴. Der Wunsch nach einer verfassungsmässigen Verankerung der kantonalen Mitwirkungsrechte geht auf den EWR zurück, dessen Auswirkungen auf das kantonale Recht

schadigungsabkommen bedürfen der Genehmigung durch die Bundesversammlung, weil sie einen Verzicht auf Rechte bedeuten; VPB 34 (1968-1969) Nr. 3 (Politisches Departement, 22. März 1967).

¹⁶⁹⁰ BVerfGE 4, 157 (1955)

¹⁶⁹¹ WILDHABER, *Menschenrechte*, S. 437; KÄLIN, *Verfassungsgrundsätze*, S. 357-358; SCHINDLER, *Art. 8*, Rz. 24

¹⁶⁹² s. für die zwei letztgenannten Abkommen n° 477; KÄLIN, *ibid*, S. 365-382

¹⁶⁹³ KÄLIN, *ibid*, S. 286-287. m. w. Hinw.; s. auch den Aussenpolitischen Bericht 2000 des Bundesrates, BBl 2001 261, S. 294-295

¹⁶⁹⁴ JACOT-GUILLARMOD, *Primauté*, S. 409; KAYSER/RICHTER, S. 1053-1055; SCHWEIZER/BRUNNER, S. 68-70; SCHMITT, S. 198; ZIMMERLI, S. 56; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1121; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 231; für RHINOW, *Bundesverfassung*, S. 387-388, gehen die Mitwirkungsrechte weiter als die tradierte *Courtoisie fédéraliste*

einschneidend gewesen wären ¹⁶⁹⁵. Nach einer gut etablierten Praxis wurden Vertreter der Kantone schon bisher zu Vertragsverhandlungen beigezogen, wenn kantonale Interessen berührt waren ¹⁶⁹⁶: Üblich ist dies insbesondere bei der Ausarbeitung von Verträgen im Polizei- und im Bildungswesen; zudem werden sie bei regionalen Angelegenheiten konsultiert, wie zum Beispiel bei Fragen der Raumplanung im Grenzbereich; aber auch zu den Arbeiten internationaler Organisationen werden sie diesfalls beigezogen, namentlich in den Bereichen Erziehung und Bildung (UNESCO), Gesundheit (WHO) und bei Konferenzen betreffend Gebietskörperschaften im Europarat ¹⁶⁹⁷. Die Beteiligung an der aussenpolitischen Meinungsbildung und insbesondere an Vertragsverhandlungen erlaubt es den Kantonen einerseits, ihr Wissen einzubringen und damit die Verhandlungsposition der Schweiz zu stärken. Andererseits soll so verhindert werden, dass die kantonalen Gesetzgebungskompetenzen durch internationale Abkommen übermässig beschränkt werden ¹⁶⁹⁸. Die Mitwirkung soll gewährleisten, dass die Interessen der Kantone berücksichtigt und ihre Zuständigkeiten nach Möglichkeit gewahrt werden; ausserdem soll dadurch die Aussenpolitik des Bundes innenpolitisch abgestützt werden (Art. 2 BGMK).

Art. 55 BV sieht nun ausdrücklich die Mitwirkung der Kantone an der Vorbereitung aussenpolitischer Entscheide vor, die ihre *Zuständigkeiten* oder *wesentlichen Interessen* betreffen. Der Verfassungsartikel wird durch das auf Drängen der Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) entstandene BGMK ergänzt, das vorab psychologische Bedeutung hat, da dessen acht Artikel einzig den Verfassungstext wiederholen, Ausdruck der *Courtoisie fédéraliste* oder selbstverständlich sind ¹⁶⁹⁹. Letzteres gilt etwa für den die Mitwirkungsrechte relativierenden Grundsatz, dass diese die Handlungsfähigkeit des Bundes nicht beeinträchtigen dürfen (Art. 1 Abs. 3 BGMK). Der Bundesrat hatte sich denn auch schon 1996 zur Anwendung von Sinn und Geist des Gesetzesentwurfes bereit erklärt ¹⁷⁰⁰.

¹⁶⁹⁵ HÄNNI/STURNY; MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 101; SCHÖNENBERGER, S. 752-754; SCHWEIZER/BRUNNER, S. 66-67; STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 243-245

¹⁶⁹⁶ MONNIER, S. 179-180; SCHINDLER, *Art. 10*, Rz. 7; HÄNNI/STURNY; SCHÖNENBERGER, S. 755, 759; BIAGGINI, S. 725; RHINOW, *Bundesverfassung*, S. 388; SÄGESSER (HRSG.), Rz. 941; vgl. PFISTERER, *Auslandbeziehungen*, Rz. 46-48, 55; s. auch die Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 231, und Art. 5 BGMK; vgl. wiederum (Fn. 1670) auch Art. 24^{bis} Abs. 4 aBV (Art. 76 Abs. 5 BV) (Beizug der beteiligten Kantone bei Entscheidungen über Rechte an internationalen Wasservorkommen)

¹⁶⁹⁷ STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 147-148, m. w. Hinw.

¹⁶⁹⁸ ZIMMERLI, S. 56-57; PFISTERER, *Auslandbeziehungen*, Rz. 93

¹⁶⁹⁹ Im Nationalrat kam der Eintretensbeschluss denn auch nur mit einem Mehr von einer Stimme zu Stande, Amtl. Bull. NR 1999, S. 639.

¹⁷⁰⁰ Vgl. zu ersten Erfahrungen mit dem BGMK STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 150-152; zu dessen Entstehung *ibid.*, S. 247-250; und zur Wahrung der Handlungsfähigkeit des Bundes *ibid.*, S. 282-284; HÄNNI/STURNY; vgl. BIAGGINI, S. 18; ZIMMERLI, S. 57-58; RHINOW, *Bundesverfassung*, S. 389-390; SÄGESSER (HRSG.), Rz. 941; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1129. Vgl. STEIMEN, S. 9; MAX FRENKEL, *Kantonale Mitwirkung in der Aussenpolitik*, NZZ Nr. 233 vom 7./8. Oktober 1995, S. 13; SCHÖNENBERGER, S. 757-763; Konferenz der Kantonsregierungen, S. 119-120 u. 33-34; Botschaft über eine neue Bundesverfas-

Sind die Zuständigkeiten oder wesentliche Interessen der Kantone betroffen, äussern sich diese nicht erst nach der Unterzeichnung des Vertrages im Rahmen der Vernehmlassung (n° 448), sondern sie haben zusätzlich schon vor der Aufnahme von Vertragsverhandlungen ein Anhörungsrecht (Art. 4 Abs. 2 BGMK). Der Bund muss sie rechtzeitig und umfassend informieren und ihren Stellungnahmen besonderes Gewicht beilegen, wenn sie in ihren Zuständigkeiten betroffen sind (Art. 4 Abs. 2 BGMK). Die Stellungnahmen der Kantone sind politisch bedeutend. Der Bundesrat muss sie berücksichtigen und eine Abweichung begründen (Art. 4 Abs. 3 BGMK) ¹⁷⁰¹. Rechtlich bindend sind sie aber für den im Auswärtigen ja selbst zuständigen Bund nicht ¹⁷⁰². Wenn die Kantone in ihren Zuständigkeiten betroffen sind, können sie zudem an den Verhandlungen mitwirken. Sie sind dann in der Regel in der Delegationsdelegation vertreten, es sei denn, dem stünden praktische Hindernisse entgegen (Art. 5 BGMK) ¹⁷⁰³. Ein solcher frühzeitiger Einbezug der Kantone ist wichtig, um es diesen zu ermöglichen, ein aussenpolitisches Vorhaben von Anfang an in eine ihnen genehme Richtung zu steuern. Ein späterer Kurswechsel ist politisch schwieriger zu bewerkstelligen ¹⁷⁰⁴.

448. *Fortsetzung. b) Vernehmlassungsrecht.*- Die Kantone werden bei der Vorbereitung wichtiger Erlasse und anderer Vorhaben von grosser Tragweite sowie bei wichtigen völkerrechtlichen Verträgen zur Stellungnahme eingeladen (Art. 147 BV). Dieser Grundsatz war unter der alten Verfassung nur in einzelnen Verfassungsartikeln ¹⁷⁰⁵, einigen Gesetzen ¹⁷⁰⁶ und einer Verordnung ¹⁷⁰⁷ festgehalten. Das Vernehmlassungsrecht gehört zu den wichtigsten Partizipationsrechten der Kantone ¹⁷⁰⁸. Im Unterschied zu landesrechtlichen Erlassen findet die Vernehmlassung zu

sung, S. 231-232. – Die KdK, welche die Mitwirkung der Kantone koordiniert, wurde 1993 in Reaktion zur Uruguay-Runde gegründet. Vgl. auch n° 448 *in fine*; SCHÖNENBERGER, S. 757, 761; STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 162-164, 276-277; HÄNNI/STURNY, *in fine*; ABDERHALDEN, *Möglichkeiten*, S. 111-114 u. 149; EADEM, *Integration*, S. 343-345; COTTIER, *Uruguay-Runde*, S. 44; PFISTERER, *Auslandsbeziehungen*, Rz. 26 u. 41.

¹⁷⁰¹ PFISTERER, *ibid.*, Rz. 41, 49-54; STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 254-268, 272-274; vgl. SCHMITT, S. 198

¹⁷⁰² PFISTERER, *ibid.*, Rz. 53-54; vgl. IDEM, *Rolle*, S. 554-555; STURNY, *ibid.*, S. 253, u. *Mitwirkung*, S. 238-239; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 232

¹⁷⁰³ Botschaft über eine neue Bundesverfassung, *ibid.*

¹⁷⁰⁴ vgl. STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 268-270; ABDERHALDEN, *Möglichkeiten*, S. 146

¹⁷⁰⁵ s. Art. 22^{bis}, 27^{ter}-27^{quinquies}, 32, 34^{ter}, 34^{sexies}, 34^{novies}, 42^{quinquies} und 45^{bis} aBV

¹⁷⁰⁶ s. Art. 25 des Bundesgesetzes über die Fischerei, vom 21. Juni 1991 (SR 923.0); Art. 47 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer, vom 24. Januar 1991 (SR 814.20); Art. 4 Abs. 2 u. Art. 7 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Binnenschifffahrt, vom 3. Oktober 1975 (SR 747.201)

¹⁷⁰⁷ s. Art. 1 Abs. 2 der Verordnung über das Vernehmlassungsverfahren, vom 17. Juni 1991 (SR 172.062)

¹⁷⁰⁸ vgl. SIEGWART, S. 185-187; STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 48-49; SÄGESSER, S. 15; vgl. Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 376

völkerrechtlichen Verträgen aber in der Regel erst nach Abschluss der Verhandlungen statt, wenn die Texte definitiv sind und nicht mehr einfach unilateral geändert werden können¹⁷⁰⁹. Wichtiger als das Vernehmlassungsrecht sind deshalb die Mitwirkungsrechte der Kantone während der Verhandlungsphase (s. n° 447). Das politische Gewicht der Vernehmlassungen ist ausserdem oftmals nur gering, da sie meistens nicht Ausdruck einer innerkantonalen Willensbildung sind, sondern eine persönliche Stellungnahme der zuständigen Sachbearbeitenden¹⁷¹⁰; der Bund auferlegt sich aber Zurückhaltung bei Verträgen im Zuständigkeitsbereich der Kantone, wenn von diesen Widerstand spürbar wird (vgl. n° 440)¹⁷¹¹. Und schliesslich heben sich die kantonalen Vernehmlassungen nicht selten gegenseitig auf. Eine vermehrte Koordination der Kantone würde ihnen mehr Beachtung verschaffen, wie das Beispiel der Vernehmlassung der Konferenz der Kantonsregierungen zum Entwurf der neuen Bundesverfassung gezeigt hat¹⁷¹². Es ist aber fraglich, ob ein starker Einfluss der kantonalen Regierungsrätinnen und -räte auf die Bundespolitik tatsächlich wünschbar ist; vgl. n° 500.

449. *Fortsetzung. c) Initiativ- und Referendumsrechte.*- Jeder Kanton kann der Bundesversammlung Initiativen unterbreiten (Art. 160 Abs. 1 BV; Art. 93 Abs. 2 aBV; Art. 21^{septies}-21^{novies} GVG), und acht Kantone können eine Volksabstimmung verlangen über Bundesgesetze, Bundesbeschlüsse, soweit Verfassung oder Gesetz dies vorsehen, sowie über völkerrechtliche Verträge, die unbefristet und unkündbar sind, den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsehen oder eine multilaterale Rechtsvereinheitlichung herbeiführen (Art. 141 Abs. 1 BV; Art. 89 Abs. 3 aBV; vgl. *infra*, n° 477-479, 481). Wenn diese Kompetenzen kaum Erwähnung findet, liegt dies wohl daran, dass die Kantone noch nie ein fakultatives Referendum ergriffen haben und die Standesinitiative – anders als die Volksinitiative, s. n° 480 – nur eine Signalwirkung an Parlament und Bundesrat hat; die Bundesversammlung ist frei zu entscheiden, ob sie ihr Folge geben oder zumindest dem Bundesrat eine Motion oder ein Postulat im Sinne der Initiative überweisen will oder nicht¹⁷¹³.

Mitzubestimmen haben die Kantone schliesslich über die Änderung der Bundesverfassung und den Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Gemeinschaften: Solche Vorhaben unterstehen dem obligatorischen

¹⁷⁰⁹ STURNY, *ibid.*, S. 145

¹⁷¹⁰ *ibid.*, S. 49, m. w. Hinw.

¹⁷¹¹ *ibid.*, S. 146

¹⁷¹² vgl. SIEGWART, S. 187; STURNY, *ibid.*, S. 49, u. *Mitwirkung*, S. 242; ABDERHALDEN, *Möglichkeiten*, S. 123 u. 134; EADEM, *Integration*, S. 355-357; vgl. zur KdK auch n° 447 *in fine*

¹⁷¹³ MONNIER, S. 160; SIEGWART, S. 155-158, 167-168, 183-185; SCHÖNENBERGER, S. 754-755; SCHWEIZER/BRUNNER, S. 64, 65; STURNY, *ibid.*, S. 44-45, 46-47, 143-144; ABDERHALDEN, *Möglichkeiten*, S. 146

Referendum, sie müssen mit Volks- und Ständemehr gutgeheissen werden (140 Abs. 1 Bst. d BV; s. *infra*, n° 475). Gleiches gilt für weitere aussenpolitische Vorlagen, welche die Bundesversammlung wegen ihrer grossen Bedeutung dem obligatorischen Referendum unterstellt (s. *infra*, n° 476). Das Ständemehr schützt die Kantone vor gewichtigen Änderungen der Staatsstruktur, bei Verfassungsänderungen insbesondere vor unliebsamen Änderungen am föderalistischen Aufbau der Schweiz und ungewollten Kompetenzzuweisungen an den Bund (n° 443) ¹⁷¹⁴. Die Beteiligung der Kantone besteht in diesen Fällen primär in einem Vetorecht. Das Erfordernis eines Ständemehrs dürfte aber zudem eine starke präventive Wirkung haben und der Vernehmlassung der Kantone ein besonderes Gewicht verleihen ¹⁷¹⁵ (vgl. n° 472). Bei allen übrigen völkerrechtlichen Verträgen ist indes ein Ständemehr nicht erforderlich.

450. *Fortsetzung. d) Mitwirkung durch den Stände-, National-, und Bundesrat?*- Der Ständerat besteht zwar aus 46 Abgeordneten der Kantone, und die Kantone können das Wahlverfahren selber bestimmen (Art. 150 Abs. 1 BV; Art. 80 aBV). Die Ständerätinnen und -räte stimmen aber wie die Mitglieder der Bundesversammlung ohne Weisungen (Art. 161 BV; Art. 91 aBV), und seit 1977 werden in allen Kantonen die Abgeordneten direkt vom Volk gewählt und nicht, wie manche Mitglieder der verfassungsgebenden Gewalt meinten, von der Regierung bestimmt ¹⁷¹⁶. Zuvor wurden einzig in Neuchâtel (bis 1971), Freiburg (bis 1972) und Bern (bis 1977) die Abgeordneten durch die Kantonsparlamente bestimmt. In der Praxis sind denn die Einflussmöglichkeiten der Kantone im Ständerat auch eher gering – geringer noch als die Einflussmöglichkeiten der amerikanischen Gliedstaaten via Senat (n° 275), und ganz im Gegensatz zum Einfluss, den in Deutschland die Bundesländer via Bundesrat ausüben (n° 120). Die Ständerätinnen und -räte betreiben ebenso wie ihre Kolleginnen und Kollegen in der grossen Kammer eher Parteipolitik, und da diese wie jene in ihren Kantonen gewählt sein wollen (Art. 149 Abs. 3 BV), wird die kantonale Interessenvertretung in der kleinen Kammer nicht ausgeprägter betrieben als in der grossen. Zudem ist die Zahl der Ständeratsmitglieder, welche gleichzeitig Mitglied eines Regierungsrats oder kantonale Bedienstete sind, in den letzten Jahren zurückgegangen ¹⁷¹⁷.

Im Bundesrat schliesslich ist darauf Rücksicht zu nehmen, dass die Landesgegenden und Sprachregionen angemessen vertreten sind (Art. 175 Abs. 4 BV), und die politische Praxis sorgt zudem für die gebührende Vertretung aller Landesteile ¹⁷¹⁸. Da der Bundesrat als Kollegium entscheidet (Art. 177 Abs. 1 BV), wird ein politisches

¹⁷¹⁴ SIEGWART, S. 158-161; STURNY, *ibid.*, S. 42, m. w. Hinw.

¹⁷¹⁵ vgl. SCHWEIZER/BRUNNER, S. 64; STURNY, *ibid.*, S. 143-144; ABDERHALDEN, *Möglichkeiten*, S. 145

¹⁷¹⁶ AUBERT, *ad* Nr. 1284; vgl. SIEGWART, S. 154

¹⁷¹⁷ SCHWEIZER/BRUNNER, S. 65; STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 46 u. 157-159, 277, 279-280

¹⁷¹⁸ vgl. AUBERT, *Traité*, Nr. 1491-1494

Übergewicht eines Kantons oder einer Region so verhindert. Zu berücksichtigen ist ausserdem, dass der Bundesrat nicht nur die Interessen der Kantone, sondern auch der politischen Parteien, von Wirtschaftsverbänden, Gewerkschaften und anderen referendumsmächtigen Organisationen berücksichtigen muss¹⁷¹⁹.

451. *Fortsetzung. e) Vollzug von Völkerrecht.*- Soweit völkerrechtliche Verträge nicht direkt anwendbare Bestimmungen enthalten, stellt sich die Frage, ob der Bund oder die Kantone für die konkretisierende Gesetzgebung zuständig sind. Die Lehre war sich lange uneins und die Praxis nicht eindeutig. Der Bundesrat hatte wiederholt erklärt, die Zuständigkeit folge der innerstaatlichen Kompetenzordnung, aber auch schon die gegenteilige Auffassung vertreten. Jedenfalls aber zeigte er sich auch hier stets rücksichtsvoll den Kantonen gegenüber¹⁷²⁰.

Heute sind sich die Lehre und der Bundesrat darin einig, dass grundsätzlich die Kantone zum Erlass der Ausführungsbestimmungen in ihrem Kompetenzbereich zuständig sind. Die in Art. 54 Abs. 3 BV verankerte *Courtoisie fédéraliste* gebietet diese Lösung¹⁷²¹. Die umfassende Vertragskompetenz des Bundes führt also insofern anders als in den USA (n° 266), aber gleich wie in Deutschland (n° 121) nicht zu einer Erweiterung der innerstaatlichen Kompetenzen des Bundes.

Stets unbestritten war, dass der Bund im Rahmen der Bundesaufsicht die Anwendung und Auslegung internationaler Verträge durch die Kantone beaufsichtigen kann (Art. 49 Abs. 2 BV; Art. 102 Ziff. 2 aBV). Er kann die Kantone zur Durchführung der Verträge anhalten und nötigenfalls an ihrer Stelle die erforderlichen Massnahmen treffen. Bei ihm als alleinigem Völkerrechtssubjekt liegt ja auch die völkerrechtliche Verantwortung für den Vollzug auch der kantonalen Verträge¹⁷²². Die Pflicht der

¹⁷¹⁹ vgl. SIEGWART, S. 205; STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 154-155

¹⁷²⁰ s. die Hinweise bei WILDHABER, *Kompetenzordnung*, S. 125-126, ZELLWEGER, *Völkerrecht*, S. 89-90, STURNY, *ibid.*, S. 84, ABDERHALDEN, *Möglichkeiten*, S. 152-153, u. MÜLLER/WILDHABER, S. 191-193; THALMANN, S. 301; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 229-231

¹⁷²¹ SCHINDLER, *Art. 8*, Rz. 11-14; THÜRER, *Föderalismus*, S. 57-58, u. *Verfassungsrecht*, Rz. 43; STURNY, *ibid.*, S. 84-85; IDEM, *Mitwirkung*, S. 249; ABDERHALDEN, *ibid.*, S. 153; STEIMEN, S. 91 u. 88-90; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1241; THALMANN, S. 304-305; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1125-1126; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 229-230

¹⁷²² MONNIER, S. 180-188; SCHINDLER, *ibid.*, Rz. 12, *Art. 9*, Rz. 7, u. *Art. 10*, Rz. 22; THÜRER, *Föderalismus*, S. 58, u. *Verfassungsrecht*, Rz. 43; HANGARTNER, *Völkerrecht*, S. 658-659; vgl. auch *ibid.*, S. 667; STURNY, *ibid.*, S. 271-272, 284-285; ABDERHALDEN, *ibid.*; COTTIER/WÜGER, S. 266; STEIMEN, *ibid.*; WILDHABER, *Kompetenzordnung*, S. 125-126; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *ibid.*, Rz. 1246; differenziert THALMANN, S. 293-296, für den der Bund nur eine subsidiäre Verantwortlichkeit trifft, wenn die Kantone Verträge über Gebiete in ihrer ausschliesslichen Zuständigkeit abschliessen; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1127; PFISTERER, *Auslandbeziehungen*, Rz. 14; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 230; aus der völkerrechtlichen Literatur s. etwa BENEDETTO CONFORTI, *Diritto internazionale*, 4. Aufl., Neapel 1992, S. 14. S. dazu auch die Einfache Anfrage von Nationalrat OEHEN, vom 4. Oktober 1983, der den Bundesrat sagen lassen wollte, dass die innerstaatliche Gewaltenteilung den Bundesrat von der Gewährleistung internationaler Verpflichtungen entbinde, und die Antwort des

Kantone zur Umsetzung des internationalen Rechts wird neu in Art. 7 BGMK ausdrücklich festgehalten.

452. *Eigene Kompetenzen: Abschluss, Änderung und Kündigung von völkerrechtlichen Verträgen.* - Die Verfassung von 1874 erwähnte die Vertragsschlusskompetenz der Kantone nur für einige Gebiete (Staatswirtschaft, nachbarlicher Verkehr, Polizei; Art. 9 aBV). Nach herrschender Lehre und Praxis konnten die Kantone aber trotz des engen Verfassungswortlautes wie die deutschen Länder im ganzen Bereich ihrer Gesetzgebungszuständigkeit Verträge mit dem Ausland (Staaten, Gliedstaaten und internationale Organisationen, wobei hier üblicherweise der Bund in eigenem Namen handelt) abschliessen (vgl. n° 115-117) ¹⁷²³. Der neue Art. 56 Abs. 1 BV bildet diese Verfassungswirklichkeit nun ab. Die kantonale Zuständigkeit ist allerdings nur subsidiär und konkurrierend zu den umfassenden auswärtigen Befugnissen des Bundes ¹⁷²⁴. Ausserdem wird sie in materieller und formeller Hinsicht folgendermassen geregelt:

Inhaltlich dürfen die Verträge der Kantone wie bisher weder dem Recht noch den Interessen des Bundes, noch den Rechten anderer Kantone zuwiderlaufen (Art. 56 Abs. 2 BV; Art. 9 aBV) ¹⁷²⁵. Die Bundesversammlung überprüft die Einhaltung dieser Bedingungen, wenn der Bundesrat oder ein Kanton Einsprache erhebt, und muss in einem solchen Fall über die Genehmigung des Vertrags entscheiden (Art. 172 Abs. 3 u. 186 Abs. 3 BV) ¹⁷²⁶. Die Kantone müssen deshalb den Bund vor Abschluss eines Vertrags informieren (Art. 56 Abs. 2 BV) ¹⁷²⁷. Unter der alten Verfassung waren die Verträge in jedem Fall vom Bundesrat und – bei einem negativen Entscheid oder der Einsprache eines Drittkantons – letztinstanzlich von der Bundesversammlung zu

Bundesrates, vom 9. November 1983, der dieses Ansinnen zurückwies; Amt. Bull. NR 1983, S. 1875-1876, u. JACOT-GUILLARMOD, *Primauté*, S. 400-403

¹⁷²³ AUBERT, *Traité*, Nr. 676; MONNIER, S. 164-166; SCHINDLER, *Art. 9*, Rz. 4 u. 6; WILDHABER, *ibid.*, S. 129; WILHELM, S. 26; HANGARTNER, *Völkerrecht*, S. 658; MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 101-102; STURNY, *ibid.*, S. 85; BÜHLER, S. 79; ABDERHALDEN, *Kompetenzen*, S. 135; RHINOW, *Bundesverfassung*, S. 385; PFISTERER, *ibid.*, Rz. 57; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 232;

¹⁷²⁴ AUBERT, *ibid.*; MONNIER, S. 164-165; SCHINDLER, *ibid.*, Rz. 3; WILDHABER, *ibid.*, S. 128; IDEM, *Parliamentary Participation*, S. 132; WILHELM, S. 27; COTTIER/PANNATIER, SJK 384, S. 5; SCHWEIZER/BRUNNER, S. 70-71; STURNY, *ibid.*; BÜHLER, *ibid.*; KAYSER/RICHTER, S. 1013; ABDERHALDEN, *ibid.*, S. 147; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1242; RHINOW, *ibid.*; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1130 u. 1132-1133; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, *ibid.*

¹⁷²⁵ AUBERT, *ibid.*, Nr. 681; MONNIER, S. 166; vgl. SCHINDLER, *Art. 8*, Rz. 42; SCHINDLER, *Art. 9*, Rz. 5; THÜRER, *Föderalismus*, S. 56; WILHELM, *ibid.*; HANGARTNER, *Völkerrecht*, S. 659-660; STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 86; PFISTERER, *Auslandbeziehungen*, Rz. 63-65; vgl. auch Rz. 62

¹⁷²⁶ dieses Verfahren kam noch nie zur Anwendung; MONNIER, S. 167; SCHINDLER, *Art. 9*, Rz. 5; WILHELM, S. 28; COTTIER/PANNATIER, SJK 384, S. 6; STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 88-90; BÜHLER, S. 76; SCHMITT, S. 202; PFISTERER, *ibid.*, Rz. 67

¹⁷²⁷ Die Einzelheiten werden im am 1. Januar 2000 in Kraft getretenen Art. 62 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes, vom 21. März 1997 (RVOG; SR 172.010), geregelt; PFISTERER, *Auslandbeziehungen*, Rz. 66.

genehmigen (Art. 102 Abs. 7 u. 85 Abs. 5 aBV) ¹⁷²⁸. Dies entspricht der heutigen Regelung in Deutschland, wo eine Genehmigungspflicht durch die Bundesregierung besteht und ein nicht genehmigter Vertrag keine landesrechtliche Geltung hat (*supra*, n° 115). In der Schweiz dagegen missachteten die Kantone in der Praxis oft die Genehmigungspflicht ¹⁷²⁹. Eine fehlende Genehmigung wäre deshalb bei uns keine offenkundige Verletzung landesrechtlicher Vorschriften im Sinne von Art. 46 WVÜ, so dass die Schweiz auch völkerrechtlich gebunden wäre, wenn die Bundesversammlung die Genehmigung verweigerte (vgl. n° 389-390). Diesfalls müsste der Kanton die vertraglichen Pflichten auflösen. Unterliesse er dies, könnte der Bundesrat an seiner Stelle kündigen ¹⁷³⁰.

Verfahrensmässig erfolgt der Verkehr mit dem Ausland durch Vermittlung des Bundes. Eine Ausnahme besteht wegen ihres lokalen Charakters für die Beziehungen der Nachbarkantone St. Gallen und Graubünden mit dem Fürstentum Liechtenstein, das auch Partner verschiedener interkantonalen Konkordate ist ¹⁷³¹. Ansonsten können die Kantone nur mit untergeordneten Behörden direkt verkehren, also der lokalen und gliedstaatlichen Ebene, aber auch den Verwaltungsorganen mit Ausnahme der politischen Instanzen des Zentralstaates (Art. 56 Abs. 3 BV; Art. 10 aBV) ¹⁷³². Der Begriff „untergeordnete Behörde“ wurde auch in der neuen Bundesverfassung beibehalten, auch wenn er im Ausland nicht immer auf Verständnis stösst. So verwunderte sich ein hoher bayrischer Politiker darüber, dass der Freistaat Bayern eine „untergeordnete Behörde“ sein sollte ¹⁷³³.

Die *Vertragsänderung oder -kündigung* erfolgt nach den selben Regeln. Der Bund könnte diese aus den selben Gründen wie den Vertragsschluss verweigern oder sogar gegen den Willen des Kantons vornehmen ¹⁷³⁴.

Trotz dieser Beschränkungen haben die kantonalen Verträge, deren Bedeutung nach dem 1. Weltkrieg vor allem wegen der Ausdehnung der Bundeskompetenzen

¹⁷²⁸ AUBERT, *Traité*, Nr. 681; COTTIER/PANNATIER, SJK 384, S. 6; KAYSER/RICHTER, S. 1012-1013; RHINOW, *Bundesverfassung*, S. 386

¹⁷²⁹ MONNIER, S. 173; SCHINDLER, *Art. 10*, Rz. 12, u. *Art. 85 Ziff. 5*, Rz. 66 (weder der Bundesrat noch die Kantone seien je an die Bundesversammlung gelangt); STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 88; BÜHLER, S. 76 u. 82; Konferenz der Kantonsregierungen, S. 35 *ad* Art. 45; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 233

¹⁷³⁰ MONNIER, S. 172-173; SCHINDLER, *ibid.*, Rz. 12; WILHELM, S. 29; STURNY, *ibid.*, S. 88-89; KAYSER/RICHTER, S. 1013.

¹⁷³¹ SCHINDLER, *ibid.*, Rz. 1 u. 10, 11-12; STURNY, *ibid.*, S. 87; BÜHLER, S. 79

¹⁷³² AUBERT, *Traité*, Nr. 682 u. 684; MONNIER, S. 167; THÜRER, *Föderalismus*, S. 56-57; COTTIER/PANNATIER, SJK 384, S. 5-6; STURNY, *ibid.*, S. 86-88; BÜHLER, S. 78; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1244; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1134; PFISTERER, *Auslandbeziehungen*, Rz. 68-69; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 233

¹⁷³³ BÜHLER, *ibid.*

¹⁷³⁴ COTTIER/PANNATIER, SJK 386, S. 4; zur Vertragskündigung, s. MONNIER, S. 173-177; SCHINDLER, *Art. 10*, Rz. 8; WILHELM, S. 29-30

schwindend war¹⁷³⁵, insbesondere bei den Grenzkantonen im Rahmen von Regionalisierungsbestrebungen und europäischer Einigung wieder an Wichtigkeit gewonnen¹⁷³⁶. Während 1988 etwa 140 Verträge in Kraft standen, sind es gegenwärtig rund 300¹⁷³⁷.

453. *Gerichtliche Durchsetzung der Kompetenzteilung.*- Kompetenzkonflikte zwischen Bund und Kantonen können mit staatsrechtlicher Klage vor das Bundesgericht gebracht werden (Art. 189 Abs. 1 Bst. d BV, Art. 83 Bst. a OG; s. *infra*, n° 483). Abgesehen davon, dass das Bundesgericht auch an kompetenzwidrige Bundesgesetze und Verträge gebunden ist (Art. 191 BV), hat auch es die zentralistische These der umfassenden Vertragsschlusskompetenz des Bundes vertreten¹⁷³⁸. Bei einer Verletzung der Mitwirkungsrechte der Kantone liegt kein Kompetenzkonflikt vor, da die Mitwirkungsrechte die Kompetenzen des Bundes materiell nicht einschränken. Die Verletzung von Mitwirkungsrechten kann deshalb nicht mit staatsrechtlicher, wohl aber mit verwaltungsrechtlicher Klage vor Bundesgericht gerügt werden (Art. 116 Bst. a OG). In der Praxis würde dieses Rechtsmittel aber wohl zu langsam wirken¹⁷³⁹. Einen effizienteren Schutz bietet die Aufrechterhaltung des politischen Willens des Bundes, die Kantone einzubinden.

¹⁷³⁵ WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 317, u. *Kompetenzordnung*, S. 129; AUBERT, *Traité*, Nr. 683; ZELLWEGER, *Völkerrecht*, S. 70-71

¹⁷³⁶ Vgl. insbesondere das Europäische Rahmenübereinkommen über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit, vom 21. Mai 1980 (Madrider Übereinkommen, SR 0.131.1), und das Karlsruher Übereinkommen vom 23. Januar 1996, abrufbar unter www.baselland.ch/docs/recht/sgrs_1-1/148.11.htm. – S. WILDHABER, *Menschenrechte*, S. 430-431; MONNIER, S. 161-162 u. 178-179; SCHINDLER, *Art. 9*, Rz. 2; vgl. IDEM, *Art. 10*, Rz. 13-21; THÜRER, *Föderalismus*, S. 58-67, u. *Verfassungsrecht*, Rz. 40 S. 195; WILHELM, S. 25; HANGARTNER, *Völkerrecht*, S. 660; PFISTERER, *Rolle*, S. 548-550; IDEM, *Auslandbeziehungen*, Rz. 10-12, 16-17, 58-59; MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 102-103; STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 90-97; ABDERHALDEN, *Möglichkeiten*, S. 133, 136-144, u. *Kompetenzen*, S. 142 u. 145-146; BÜHLER, S. 79-80 u. 82-84; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1245; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1135-1137; STEPHAN BREITENMOSER, *Regionalismus – insbesondere grenzüberschreitende Zusammenarbeit*, in: Thüer/Aubert/Müller, Rz. 6, 9-13 u. 24-27; RETO DUBACH/CHRISTIAN RITZMANN, *Die interkantonale und internationale Zusammenarbeit des Kantons Schaffhausen*, in: Verein Schaffhauser Juristinnen und Juristen (Hrsg.), *Schaffhauser Recht und Rechtsleben. Festschrift zum Jubiläum 500 Jahre Schaffhausen im Bund*, Zürich 2001; Bericht des Bundesrates über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit und die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik, vom 7. März 1994, BBl 1994 II 620, 635-646

¹⁷³⁷ BÜHLER, S. 77

¹⁷³⁸ BGE 96 I 737, S. 747-748, X. c. *Eidgenössische Steuerverwaltung*, vom 23. Dezember 1970; BGE 9, 175, S. 178, *Wuhrmann c. Leuthardt*; STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 75-76, 291-294

¹⁷³⁹ STURNY, *Mitwirkung*, S. 264-266, m. w. Hinw.

2. Kompetenzverteilung zwischen den Bundesorganen

454. *Interdependenz; Schwergewicht beim Bundesrat. Die Verfassung von 1874.* Weder die Bundesverfassung von 1874 noch diejenige von 1999 teilt die auswärtigen Zuständigkeiten des Bundes starr zwischen dem Bundesrat und der Bundesversammlung auf¹⁷⁴⁰. Nach der Verfassung von 1874 waren beide zuständig „für die äussere Sicherheit, für Behauptung der Unabhängigkeit und Neutralität der Schweiz“ – genauer gesagt hatte die Bundesversammlung Massregeln zu treffen und der Bundesrat zu wachen, doch blieb diese Nuance ohne praktische Bedeutung¹⁷⁴¹ –, aber nur die Bundesversammlung für „Kriegserklärungen und Friedensschlüsse“ (Art. 85 Ziff. 6 u. 102 Ziff. 9 aBV). Gemäss Art. 85 aBV fielen „Bündnisse und Verträge mit dem Auslande“ (Abs. 5) in den Geschäftskreis der Bundesversammlung, während Art. 102 aBV bestimmte, dass der Bundesrat „die Interessen der Eidgenossenschaft nach aussen, wie namentlich ihre völkerrechtlichen Beziehungen“, zu wahren und „die auswärtigen Angelegenheiten überhaupt“ zu besorgen habe (Abs. 8). Es bestanden also konkurrierende, sich überschneidende Kompetenzen.

Die Unbestimmtheit der Verfassung ermöglichte Entwicklungen und Verschiebungen in der aussenpolitischen Tätigkeit von Bundesrat und Parlament, ohne dass Verfassungsänderungen nötig waren¹⁷⁴². Während im 19. Jahrhundert der Schwerpunkt – der damaligen Staatsauffassung entsprechend – beim Parlament lag, verlagerte er sich unter dem Einfluss der Weltkriege, der Weltwirtschaftskrise und eines zunehmenden Interventionismus hin zum Bundesrat. Besonders ausgeprägt war dies in der „Ära Motta“: GIUSEPPE MOTTA führte von 1920 (als das Rotationssystem für den Chef des politischen Departements definitiv abgeschafft wurde) bis zu seinem Rücktritt 1940 die Aussenpolitik mit grosser Autorität. Einmischungen des Parlaments ertrug er schlecht, und nur nach unendlicher Mühe gelang es den Parlamentariern, eine dauernde aussenpolitische Kommission einzusetzen und deren Berücksichtigung durch die Regierung zu erreichen. Erst unter MAX PETITPIERRE änderten sich die Verhältnisse¹⁷⁴³. Fortan führten Regierung und Parlament die Aussenpolitik in ständiger Kooperation und Koordination. Allerdings kam der Löwenanteil an der traditionellen

¹⁷⁴⁰ RHINOW, *Bundesverfassung*, S. 373; ZELLWEGER, S. 258-259

¹⁷⁴¹ AUBERT, *Traité*, Nr. 1330; MONNIER, S. 231

¹⁷⁴² WILDHABER, *Parliamentary Participation*, S. 132 u. 135

¹⁷⁴³ AUBERT, *Traité*, ad Nr. 1330 (1982); MONNIER, S. 192-193; MOERI, S. 20-21; WILDHABER, *Kompetenzordnung*, S. 134; PASCAL SCIARINI, *La pratique de la démocratie directe en politique extérieure*, in: Delley, S. 44-45

Regierungsfunktion „Aussenpolitik“ immer noch dem Bundesrat zu ¹⁷⁴⁴. Das Parlament begnügte sich mit einem *droit de regard* ¹⁷⁴⁵.

Wie bei den Kantonen (n° 447) führten insbesondere die EWR-Verhandlungen, aber auch die Uruguay-Runde, als die Räte bei der grossen Agrardebatte im Herbst 1990 merkten, dass die Landwirtschaftspolitik nicht mehr nur in Bern und Brugg, sondern auch in Genf gemacht wird, zu einem aussenpolitischen Erwachen des Parlaments; das auf den zunehmenden Einfluss der völkerrechtlichen Angelegenheiten auf die Innenpolitik aufmerksam wurde. 1992 wurde deshalb im GVG der Artikel 47^{bis}^a über die parlamentarische Mitwirkung im Bereich der Aussenpolitik eingefügt (s. *infra*, n° 464) ¹⁷⁴⁶.

455. *Die Verfassung von 1999. Stärkung des Parlaments.*- Die neue Bundesverfassung hat an der *praktischen* aussenpolitischen Kompetenzverteilung zwischen Bundesrat und Bundesversammlung grundsätzlich nichts geändert. Es handelt sich also weiterhin um ein „*Verhältnis zu gesamter Hand*“ ¹⁷⁴⁷. Der unterschiedliche Wortlaut der Bestimmungen über die äussere Sicherheit, Unabhängigkeit und Neutralität in der alten Verfassung war wie erwähnt ohne praktischen Belang und wurde für Bundesrat und Parlament nun gleichlautend abgefasst (s. Art. 173 Abs. 1 Bst. a u. 185 Abs. 1 BV). Die ausschliessliche Zuständigkeit der Bundesversammlung für Kriegserklärungen und Friedensschlüsse wird nicht mehr erwähnt. Für erstere ist kein Platz mehr, da auf Grund des Völkerrechts im Allgemeinen und auf Grund der Neutralitätspolitik der Schweiz im Besonderen nur die Selbstverteidigung zulässig ist, die eine Massnahme für die äussere Sicherheit, Unabhängigkeit und Neutralität darstellen würde; für letztere ist sowieso nur ein gemeinsames Vorgehen der beiden Behörden, wie es nun bei wichtigen Vertragsverhandlungen üblich ist, realistisch ¹⁷⁴⁸. In Bezug auf völkerrechtliche Verträge präzisiert die neue Verfassung, dass die Bundesversammlung diese genehmigt, während der Bundesrat sie unterzeichnet und ratifiziert (Art. 166 Abs. 2, 184 Abs. 2 BV). Doch da die Aussenpolitik zunehmend zur Innenpolitik geworden ist, wurde die *rechtliche* Stellung des Parlaments gestärkt ¹⁷⁴⁹: Der Bundesrat ist gemäss neuer Bundesverfas-

¹⁷⁴⁴ MONNIER, S. 190-192, 194; WILDHABER, *ibid.*, S. 132-133; WILHELM, S. 35-37; THÜRER, *Bundesverfassung und Völkerrecht*, Rz. 28; IDEM, *Verfassungsstaat*, S. 282-283

¹⁷⁴⁵ AUBERT, *Traité*, Nr. 188; WILHELM, S. 39; COTTIER/PANNATIER, SJK 384, S. 11

¹⁷⁴⁶ WILHELM, S. 41; COTTIER/PANNATIER, *ibid.*; COTTIER/NADAKAVUKAREN SCHEFER, S. 345-347; COTTIER/WÜGER, S. 264-265; COTTIER, *Uruguay-Runde*, S. 43-44; COTTIER, *Synthesen*, S. 14; COTTIER/GERMANN, Rz. 13 u. 26; ZELLWEGER, S. 259

¹⁷⁴⁷ so der Bundesrat in der Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 392; vgl. EHRENZELLER, *Volksrechte*, S. 124-125; SÄGESSER (HRSG.), Rz. 508-513; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 93 u. 142.

¹⁷⁴⁸ AUBERT, *Traité*, Nr. 1328; MONNIER, S. 233-234; SCHINDLER, *Art. 85 Ziff. 5*, Rz. 71-72

¹⁷⁴⁹ AUBERT, *Révision*, S. 110; HANGARTNER, *Entwurf*, S. 150; BIAGGINI, S. 726; KAYSER/RICHTER, S. 1055-1056; GRAF, S. 9; RHINOW, *Bundesverfassung*, S. 373-374; ZIMMERLI, *Bundesversammlung*, Rz. 25; vgl. EPINEY, *Beziehungen*, Rz. 24

sung nicht mehr „überhaupt“ zur Besorgung der auswärtigen Angelegenheiten zuständig, sondern „unter Wahrung der Mitwirkungsrechte der Bundesversammlung“ (Art. 184 Abs. 1); diese „beteiligt sich an der Gestaltung der Aussenpolitik und beaufsichtigt die Pflege der Beziehungen mit dem Ausland.“ (Art. 166 Abs. 1 BV)

a) Die Kompetenzen des Bundesrates

456. *Generelle aussenpolitische Zuständigkeit (Art. 184 Abs. 1 BV).* - Die auswärtigen Angelegenheiten sind wie erwähnt zur Hauptsache in der Hand der Regierung, die das Staatsoberhaupt darstellt ¹⁷⁵⁰. Der Bundesrat ist – unter Vorbehalt der Mitwirkungsrechte des Parlaments (*infra*, n° 464) – ganz allgemein für die Führung der Aussenpolitik zuständig; dies umfasst die Lagebeurteilung, die Konzeption, die Initiierung, die Koordination und die Information. Er ernennt die Konsulinnen und Konsuln sowie die Diplomatinen und Diplomaten, kann neue Konsulate und Gesandtschaften errichten und leitet den diplomatischen Dienst ¹⁷⁵¹. Er vertritt die Schweiz nach aussen (Art. 184 Abs. 1 BV; die Bundespräsidentin oder der Bundespräsident wiederum repräsentiert den Bundesrat im Inland und im Ausland, Art. 28 RVOG). Der Bundesrat gibt allein gegenüber anderen Staaten und internationalen Organisationen rechtlich oder politisch verbindliche Erklärungen ab. Er ist also z.B. zuständig zur Anerkennung ausländischer Staaten oder zu Verlautbarungen im Rahmen der KSZE ¹⁷⁵². Der Bundesrat ergreift Sanktionen, schützt schweizerische Interessen im Ausland und stellt Gute Dienste zur Verfügung.

Wenn die Wahrung der Interessen des Landes es erfordern, kann der Bundesrat sogar verfassungsunmittelbare befristete Verordnungen und Verfügungen mit engem Bezug zur Aussenpolitik erlassen (Art. 184 Abs. 3 BV). Meistens handelt es sich um wirtschaftliche Massnahmen: Handelsverbote, die Blockierung ausländischer Guthaben, oder das Verbot, den Schweizer Luftraum zu benutzen. Er kann aber auch andere

¹⁷⁵⁰ s. AUBERT, *Traité*, Nr. 1554-1555, 1558; MONNIER, S. 194-199; SCHINDLER, *Art. 102 Ziff. 8*, Rz. 100; WILHELM, S. 37; THÜRER, *Bundesverfassung und Völkerrecht*, Rz. 27-28; SÄGESSER (HRSG.), Rz. 513, 937, 942 u. 951-969; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 142 u. 1534-1538; RHINOW, *ibid.*, S. 374-375 u. 377; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1658; COTTIER/GERMANN, Rz. 15; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 416 u. 417-418

¹⁷⁵¹ Die Errichtung von Gesandtschaften unterstand von 1948 bis 1964 der vorgängigen Genehmigung der Bundesversammlung. Heute bleibt einzig die Budgethoheit der Bundesversammlung vorbehalten. Ausser bei Missbrauch wird diese aber kaum die Eröffnung einer Botschaft über das Budget verhindern; MONNIER, S. 198-199; SCHINDLER, *ibid.*, Rz. 103; AUBERT, *ibid.*, ad Nr. 1555; Gutachten des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht, vom Januar 1992, VPB 56 (1992) Nr. 49

¹⁷⁵² Unter der Verfassung von 1874 war hierzu zwar noch die Bundesversammlung zuständig, was aber den Bundesrat nicht hinderte, diese Kompetenz schon auszuüben. Nur die Anerkennung Italiens 1861 führte dabei zu Protesten im Parlament. AUBERT, *ibid.*, Nr. 1554; SCHINDLER, *ibid.*, Rz. 102, 104-107; MONNIER, S. 195

Anordnungen zur Erfüllung der völkerrechtlichen Pflichten oder zur Vermeidung einer internationalen Verantwortlichkeit der Schweiz treffen, wie etwa den Vollzug völkerrechtlich vorgeschriebener Massnahmen bei Untätigkeit eines Kantons (Art. 49 Abs. 2 BV; n° 451 *in fine*) oder den Erlass provisorischer Bestimmungen, wenn ein internationales Gericht schweizerische Normen für völkerrechtswidrig erklärt hat.

457. *Insbesondere: Vertragsschlusskompetenz (Art. 184 Abs. 2 BV). Auf Grund einer speziellen Kompetenzdelegation.*- Sache des Bundesrates ist es, internationale Verträge auszuhandeln, zu unterzeichnen und – nach der Genehmigung durch das Parlament und gegebenenfalls das Volk und allenfalls die Stände (*infra*, n° 472-479) – zu ratifizieren (Art. 184 Abs. 2 BV) ¹⁷⁵³. Die Genehmigung durch die Bundesversammlung ist nach herrschender Meinung eine Ermächtigung zur Ratifikation. Der Bundesrat ist also rechtlich nur an einen negativen, nicht aber an einen positiven Beschluss gebunden ¹⁷⁵⁴. Eine Ausnahme bildete der Beschluss über den Beitritt zum Völkerbund 1920, der den Beitritt verpflichtend vorsah; damals war die heute herrschende Ansicht umstritten (vgl. n° 461) ¹⁷⁵⁵.

Ohne ausdrückliche Genehmigung kann er ausnahmsweise nach ständiger Praxis als *accords en forme simplifiée* bezeichnete Verträge abschliessen. Diese Ausnahme ist quantitativ bedeutend: Fast zwei Drittel aller Verträge der Schweiz wurden vom Bundesrat selbständig abgeschlossen. Diese Praxis reicht ins 19. Jahrhundert zurück und blieb unbestritten ¹⁷⁵⁶. Sie wurde rechtzeitig auf das Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung am 1. Januar 2000 hin in Art. 47^{bis} b GVG kodifiziert, denn nach Art. 166 Abs. 2 BV darf der Bundesrat nur noch dann Verträge ohne Genehmigung der Bundesversammlung abschliessen, wenn er dazu auf Grund von Gesetz oder (vom Parlament genehmigtem) völkerrechtlichem Vertrag ermächtigt ist ¹⁷⁵⁷.

¹⁷⁵³ s. AUBERT, *ibid.*, Nr. 1556, 1319 u. 1320; WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 113-124, *Kompetenzordnung*, S. 136-140, 142-144, u. *Parliamentary Participation*, S. 133-134, 135, 139; MONNIER, S. 199-201, 217, 221-231; SCHINDLER, *Art. 85 Ziff. 5*, Rz. 40-48, 51-54; WILHELM, S. 37-39, 43-58; COTTIER/PANNATIER, SJK 384, S. 6-12; THÜRER, *Bundesverfassung und Völkerrecht*, Rz. 29-30; HANGARTNER/KLEY, Rz. 1086; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1250-1254; RHINOW, *Bundesverfassung*, S. 375-376; SÄGESSER (HRSG.), Rz. 530-534, 537-545, 943-946, 948-950; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1659, 1899-1903, 1912; COTTIER/GERMANN, Rz. 15; zum vereinfachten Verfahren, COTTIER/WÜGER/ZELLWEGER, S. 21-24; ZELLWEGER, S. 351-416; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 416-418, 393-394

¹⁷⁵⁴ AUBERT, *ibid.*, Nr. 1320; SCHINDLER, *Art. 85 Ziff. 5*, Rz. 53; HANGARTNER/KLEY, Rz. 1160.

¹⁷⁵⁵ AS 36 651; s. FRITZ FLEINER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Tübingen 1923, S. 755

¹⁷⁵⁶ z.B. betreffend Gegenrechtserklärungen im internationalen Auslieferungsrecht, Art. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Auslieferung gegenüber dem Auslande, vom 22. Januar 1892 (BS 3, S. 509) oder Vereinbarungen über die Fischereipolizei in Grenzgewässern, Art. 30 des Bundesgesetzes betreffend die Fischerei, vom 21. Dezember 1888 (BS 9, S. 571)

¹⁷⁵⁷ vgl. den Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates zur parlamentarischen Initiative für die Anpassung des GVG an die neue BV, vom 7. Mai 1999, BBl 1999 4809, S. 4825-4826

Art. 47^{bis}b Abs. 2 GVG wiederholt diesen Verfassungsgrundsatz. Die Verfassungsbestimmung wird wegen ihrer quantitativen Bedeutung wiederholt, denn der Bundesrat schloss bislang etwa 80 % der *accords en forme simplifiée* auf Grund einer solchen Kompetenzdelegation ab¹⁷⁵⁸. Der zulässige Umfang der Ermächtigung ist analog zur landesrechtlichen Regelung zu beurteilen. Er darf die grundsätzliche Genehmigungskompetenz der Bundesversammlung, die auch eine Pflicht ist, nicht aushöhlen. Die für die Gesetzgebung geltenden Grundsätze von Art. 164 BV können hier als Richtlinie herangezogen werden¹⁷⁵⁹. Die Ermächtigung darf also nicht in der Verfassung ausgeschlossen sein, muss in einem Gesetz im formellen Sinn oder in einem völkerrechtlichen Vertrag vorgesehen sein (so wie erwähnt in Art. 166 Abs. 2 BV), auf ein bestimmtes, genau umschriebenes Sachgebiet begrenzt sein, und die Grundzüge der Regelung müssen in der Ermächtigung enthalten sein. Sie ist ausgeschlossen für wichtige Vertragsnormen, wozu insbesondere die grundlegenden Bestimmungen über die in Abs. 1 genannten Bereiche gehören (Ausübung der politischen Rechte; Einschränkung verfassungsmässiger Rechte; Rechte und Pflichten von Personen; Abgaben; Aufgaben und Leistungen des Bundes; Verpflichtungen der Kantone bei Umsetzung und Vollzug des Bundesrechts; Organisation und Verfahren der Bundesbehörden)¹⁷⁶⁰. Die Natur der Sache bringt es mit sich, dass die Ermächtigung zumeist offen formuliert ist und sich auf einen Sachbereich beschränkt. So erlaubt das Forschungsgesetz dem Bundesrat im Rahmen der bewilligten Kredite den Abschluss von Abkommen „über die internationale wissenschaftliche Zusammenarbeit“¹⁷⁶¹. Als Sicherung kann deshalb das Parlament die Ermächtigung vor dem Vertragsschluss immer widerrufen oder ändern¹⁷⁶², und das Referendum ist über solche Verträge – anders als bei gesetzesvertretenden Verordnungen – vor einer Ratifikation immer vorbehalten¹⁷⁶³.

Einen Sonderfall bildet die sogenannte *Vorausgenehmigung* zum Abschluss von Verträgen, deren Inhalt bereits weitgehend ausgehandelt ist. Im Unterschied zur

¹⁷⁵⁸ Bericht (Fn. 1757), S. 4826; vgl. HANGARTNER/KLEY, Rz. 1088

¹⁷⁵⁹ HANGARTNER/KLEY, Rz. 1093; vgl. MOERI, S. 44-53

¹⁷⁶⁰ vgl. SÄGESSER, S. 22-24; MICHAEL BEUSCH, *Der Gesetzesbegriff in der neuen Bundesverfassung (Art. 164 BV)*, in: Gächter/Bertschi, S. 241-243, m. w. Hinw.

¹⁷⁶¹ Art. 16 Abs. 3 Bst. b des Bundesgesetzes über die Forschung, vom 7. Oktober 1993 (FG; SR 420.1)

¹⁷⁶² WILHELM, S. 53

¹⁷⁶³ ZELLWEGER, S. 391, mit einer Kritik dieser Praxis (S. 392-393); Mitteilung der Direktion für Völkerrecht und des Bundesamtes für Justiz, nach zustimmender Kenntnisnahme durch den Bundesrat, vom 14. Dezember 1987, VPB 51 (1987) Nr. 58, S. 371. Nach Ansicht von HANGARTNER/KLEY, Rz. 1095, müsste der Vorbehalt der nachträglichen Genehmigung wohl bei der Ermächtigung angebracht werden.

Kompetenzdelegation ist sie wie eine normale Vertragsgenehmigung zu behandeln, weshalb jeweils die Unterstellung unter das Vertragsreferendum zu prüfen ist ¹⁷⁶⁴.

458. *Fortsetzung. Auf Grund einer allgemeinen Kompetenzdelegation.*- Abs. 3 von Art. 47^{bis} b GVG fasst die bisherige Verfassungspraxis zusammen, wonach der Bundesrat generell Verträge von beschränkter Tragweite selbständig abschliessen kann ¹⁷⁶⁵. Er verschafft dieser Praxis die seit dem Inkrafttreten von Art. 166 Abs. 2 BV wie erwähnt (n° 457) erforderliche gesetzliche Grundlage. Grundgedanke ist die Entlastung der Bundesversammlung von unwesentlichen Geschäften ¹⁷⁶⁶. Zu den Verträgen von beschränkter Tragweite gehören nach der nicht abschliessenden Aufzählung von Art. 47^{bis} b Abs. 3 GVG Verträge, die:

a) *keine neuen Pflichten begründen oder keinen Verzicht auf bestehende Rechte zur Folge haben*, beispielsweise Verträge, welche anerkannte völkergewohnheitsrechtliche Regeln bestätigen, Verwaltungsformalitäten regeln, oder einzig dem Vollzug von Verträgen dienen, die von der Bundesversammlung bereits genehmigt worden sind. Letzteres wird allerdings im Gesetz als eigene Kategorie erwähnt. Ein klassisches Beispiel für den seltenen Fall eines Vertrages, der keine neuen Pflichten mit sich bringt, ist der Vertrag über Spitzbergen, vom 9. Februar 1920, in dem Norwegen die Staatshoheit über diese Inselgruppe anerkannt wird ¹⁷⁶⁷. Häufigster Anwendungsfall sind indes rein technisch bedingte Anpassungen mehrseitiger Verträge ¹⁷⁶⁸;

b) *Gegenstände im innerstaatlichen Zuständigkeitsbereich des Bundesrates betreffen*, für die eine Regelung in Form eines völkerrechtlichen Vertrags angezeigt ist. Da Verträge aber im Unterschied zu Verordnungen nicht jederzeit einseitig abänderbar sind, ist der Bundesrat zurückhaltend ¹⁷⁶⁹. Er macht eine Vertragsschlusskompetenz nur geltend, wenn ein Bundesgesetz eine ausdrückliche Verordnungskompetenz enthält. Wichtigstes Beispiel: Art. 25 ANAG, gestützt auf den der Bundesrat sogenannte Stagiaireabkommen abgeschlossen ¹⁷⁷⁰ und Aufhebungen der Visumpflicht ¹⁷⁷¹ sowie Rückübernahme- und Durchschubrechte ¹⁷⁷² vereinbart hat. Seit 1. März 1999 hat der

¹⁷⁶⁴ ZELLWEGER, S. 395; HANGARTNER/KLEY, Rz. 1093; anderer Ansicht SCHINDLER, *Art. 85 Ziff. 5*, Rz. 44

¹⁷⁶⁵ Vgl. dazu COTTIER, *Synthesen*, S. 22-23, der hierfür die allgemeinen Kriterien der Delegation und Subdelegation und damit letztlich der Organeignung vorschlägt.

¹⁷⁶⁶ Bericht (Fn. 1757), S. 4827

¹⁷⁶⁷ SR 0.142.115.981; f. weitere Beispiele, s. MONNIER, S. 221, u. MOERI, S. 56-60; vgl. Fn. 1825

¹⁷⁶⁸ Bericht (Fn. 1757), S. 4828

¹⁷⁶⁹ SCHINDLER, *Art. 85 Ziff. 5*, Rz. 45

¹⁷⁷⁰ s. etwa aus jüngerer Zeit die Abkommen mit Bulgarien (5. April 1995; SR 0.142.112.147) und Portugal (7. Juli 1993; SR 0.142.116.547)

¹⁷⁷¹ so mit Namibia (31. August/18. September 1995; SR 0.142.114.772) und Kroatien (13. Mai 1997; SR 0.142.112.911)

¹⁷⁷² vgl. z.B. die Abkommen mit Litauen (26. September 1996; SR 0.142.115.169) oder Ungarn (4. Februar 1994; SR 0.142.114.189)

Bundesrat hierzu nun eine ausdrückliche Abschlusskompetenz (Art. 25b Abs. 1 ANAG)¹⁷⁷³. Mit dem Wegfall des wichtigsten Anwendungsfalls¹⁷⁷⁴ und der Aufnahme einer expliziter Kompetenz in weiteren Gesetzen hat die implizite Vertragsschlusskompetenz an Bedeutung verloren¹⁷⁷⁵;

c) oder sogenannte *Bagatellverträge*, die sich in erster Linie an Behörden richten, administrativ-technische Fragen regeln oder die keine bedeutenden finanziellen Aufwendungen verursachen¹⁷⁷⁶. Ihre Zahl ist gering¹⁷⁷⁷. Sie dürfen keine Gesetzesänderung erfordern¹⁷⁷⁸ und nicht in Interessen der Einzelnen eingreifen. Auf die nach der bisherigen Praxis erforderliche kurzfristige Kündbarkeit wurde dagegen verzichtet¹⁷⁷⁹. Beispielsweise handelt es sich um Vereinbarungen über Informations- und Konsultationsmechanismen in verschiedenen Politikbereichen (Wirtschaft, Energie, Verkehr, Umweltschutz) oder Abmachungen zur Erleichterung des Grenzübertritts von Rettungsmannschaften bei Katastrophenfällen¹⁷⁸⁰. Beabsichtigt ist eine Entlastung der Bundesversammlung von solchen Bagatellverträgen. Das Parlament kontrolliert sie nur im Nachhinein¹⁷⁸¹. Missbilligt es einen solchen Vertrag, hat ihn der Bundesrat auf den nächsten zulässigen Termin zu kündigen, weshalb Bagatellverträge bisher wie erwähnt kurzfristig kündbar sein mussten; auf diese Bedingung verzichtete der Bundesrat allerdings schon bisher bei unbedeutenden Vertragsanpassungen¹⁷⁸². Bislang hat die

¹⁷⁷³ Bundesgesetz vom 26. Juni 1998, in Kraft seit 1. März 1999 (AS 1999 1111, 1117; BBl 1996 II 1)

¹⁷⁷⁴ ZELLWEGER, S. 384-387, m. w. Hinw.; Bericht (Fn. 1757), S. 4828

¹⁷⁷⁵ s. etwa Art. 37 Abs. 4 des Bundesgesetzes über die friedliche Verwendung der Atomenergie, vom 23. Dezember 1959 (Atomgesetz; SR 732.0); Art. 38 Abs. 3 des Bundesgesetzes über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände, vom 9. Oktober 1992 (Lebensmittelgesetz; SR 817.0)

¹⁷⁷⁶ Die Kategorie der Bagatellverträge wurde von Bundesrätin ELISABETH KOPP 1986 vorgeschlagen und vom Bundesrat erstmals 1987 befürwortet (Mitteilung der Direktion für Völkerrecht und des Bundesamtes für Justiz, nach zustimmender Kenntnisnahme durch den Bundesrat, vom 14. Dezember 1987, VPB 51 (1987) Nr. 58, S. 373, 381-383). Er schliesst Bagatellverträge seit 1989 ab (vgl. AS 1989 531).

¹⁷⁷⁷ EHRENZELLER, *Legislative Gewalt*, S. 494-495; ZELLWEGER, S. 370-371

¹⁷⁷⁸ Vgl. dagegen ein Rechtsgutachten der Direktion für Völkerrecht vom 18. März 1999 (VPB 64 [2000] Nr. 22, S. 277), wonach die Abweichung von einem Bundesgesetz den Bagatelldarakter nicht in Frage stellt (*in casu* regelte das betreffende Abkommen die Zuständigkeit im Gegensatz zum Schweizer Strafrecht nach dem Territorialitätsprinzip und nicht nach dem aktiven Personalitätsprinzip).

¹⁷⁷⁹ Bericht (Fn. 1757), S. 4830

¹⁷⁸⁰ *ibid.*, S. 4829

¹⁷⁸¹ WILHELM, S. 56-57. – Die Liste der Bagatellverträge wurde zuerst im Geschäftsbericht des Bundesrates veröffentlicht, die Liste der 1995 und 1996 abgeschlossenen Bagatellverträge dann aber nur noch in einem nicht veröffentlichten Anhang (im Geschäftsbericht von 1996 der eidgenössischen Rekurskommissionen, die mit dem Abschluss der Bagatellverträge nichts zu tun haben), und seit 1997 erfolgt die Information des Parlaments nur noch über ein Schreiben an die Präsidentinnen bzw. Präsidenten der aussenpolitischen Kommissionen. Die Mehrzahl der Bagatellverträge wird aber weiterhin in der SR veröffentlicht; ZELLWEGER, S. 372.

¹⁷⁸² ZELLWEGER, S. 373

Bundesversammlung noch nie ein nachträgliches Genehmigungsverfahren verlangt, noch war je ein Bagatellabkommen ein Diskussionsthema in den Räten ¹⁷⁸³.

Die Aufzählung von Art. 47^{bis}b Abs. 3 GVG ist wie erwähnt nicht abschliessend. Darüber hinaus kann der Bundesrat nach ebenfalls bis ins 19. Jahrhundert zurückreichender, ständiger Praxis die *vorläufige Anwendung* eines Abkommens anordnen, wenn die Wahrung wesentlicher schweizerischer Interessen oder eine besondere Dringlichkeit dies erfordern und es unmöglich ist, die Genehmigung der Bundesversammlung im ordentlichen Verfahren einzuholen. In solchen Fällen muss der Bundesrat auf Grund von Art. 47^{bis}a Abs. 2 GVG nun aber immerhin die zuständigen Kommissionen in den Entscheid einbeziehen ¹⁷⁸⁴. Da die vorläufige Anwendung ohne gegenteilige Abrede jederzeit beendet werden kann (Art. 25 Abs. 2 WVÜ), wird die Genehmigungskompetenz des Parlaments normalerweise nicht präjudiziert. Wenn die Dauer der Verträge beschränkt ist, muss der Bundesrat das Parlament einfach informieren. Wenn sich die Geltungsdauer verlängert, sind die Verträge von diesem nachträglich zu genehmigen. Seit die vorläufige Anwendung von Wirtschafts- und Handelsabkommen gesetzlich geregelt ist ¹⁷⁸⁵, sind Verträge dieser Kategorie selten geworden ¹⁷⁸⁶.

Der Bundesrat schliesst zudem *geheime Verträge* ab. Diese sind nur in seinem selbständigen Vertragsschlussbereich zulässig. Da sie naturgemäss nicht publiziert werden, können sie grundsätzlich keine Pflichten für Private begründen. Eine Ausnahme besteht einzig für Verträge, die im Interesse der Gesamtverteidigung geheimgehalten werden müssen (Art. 10 Abs. 1 u. Art. 5 Publikationsgesetz; vgl. n° 393) ¹⁷⁸⁷.

Da die Aufzählung der selbständigen Vertragsschlusskompetenzen des Bundesrates wie erwähnt nicht abschliessend ist, hat Art. 47^{bis}b GVG zwar den Vorteil, die bisherige Praxis zusammenfassend darzustellen. Doch vermag er die neuerliche

¹⁷⁸³ *ibid.*, S. 371-372; Bericht (Fn. 1757), S. 4830

¹⁷⁸⁴ ZELLWEGER, S. 401

¹⁷⁸⁵ s. den Bundesbeschluss über aussenwirtschaftliche Massnahmen, vom 28. Juni 1972 (AS 1972 2422), ersetzt durch das gleichnamige Bundesgesetz über aussenwirtschaftliche Massnahmen, vom 25. Juni 1982 (SR 946.201), wonach der Bundesrat zur Wahrung wesentlicher schweizerischer Wirtschaftsinteressen dem Referendum nicht unterstehende Abkommen über den Waren-, Dienstleistungs- und Zahlungsverkehr vorläufig anwenden kann (Art. 2)

¹⁷⁸⁶ s. etwa die Botschaft des Bundesrates betreffend die Briefwechsel vom 26. Oktober/19. Dezember 1994 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Organisation der Vereinten Nationen über den Status der internationalen Beamten schweizerischer Nationalität hinsichtlich der schweizerischen Sozialversicherungen (AHV/IV/EO und ALV) vom 13. September 1995, mit der der Bundesrat den Räten zwanzig vorläufig angewendete Abkommen mit in der Schweiz niedergelassenen internationalen Organisationen unterbreitete und die vom Parlament diskussionslos genehmigt und daraufhin vom Bundesrat in Kraft gesetzt wurden (BBl 1995 IV 761; SR 0.192.120.111)

¹⁷⁸⁷ MOERI, S. 74-78; HANGARTNER/KLEY, Rz. 1097; Bericht der Delegation der Geschäftsprüfungskommission vom 26. April 1999, BBl 1999, S. 8834-8842

Entstehung rechtlicher Grauzonen nicht zu verhindern¹⁷⁸⁸. Das bei jedem Organ zu beobachtende Bestreben, die eigenen Kompetenzen auszudehnen, lässt in Anbetracht der zunehmenden internationalen Verflechtung eine ausdehnende Interpretation zu Gunsten der Exekutive erwarten¹⁷⁸⁹.

Die selbständige Vertragsschlusskompetenz des Bundesrates schliesst mit dem Genehmigungsbeschluss der Bundesversammlung auch die Möglichkeit eines Referendums aus (vgl. n° 474 *in fine*).

459. *Subdelegation der Vertragsschlusskompetenz.*- Der Bundesrat kann die Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge an ein Departement oder, wenn sie von beschränkter Tragweite sind, auch an eine Gruppe oder ein Bundesamt subdelegieren (47^{bis}b Abs. 4 GVG)¹⁷⁹⁰. Letzteres Vorgehen wird insbesondere bei regelmässig anzupassenden technischen Anhängen zu internationalen Verträgen gewählt¹⁷⁹¹. Für die Subdelegation gelten die vom Bundesgericht für das Landesrecht entwickelten Grenzen analog (vgl. Art. 48 RVOG)¹⁷⁹².

460. *Pflicht zu Berichterstattung und nachträglicher Unterbreitung.*- Art. 47^{bis}b Abs. 5 GVG verpflichtet den Bundesrat neu zur jährlichen Berichterstattung gegenüber der Bundesversammlung über die von ihm oder der Bundesverwaltung abgeschlossenen Verträge¹⁷⁹³. Bislang informierte der Bundesrat nur über die abgeschlossenen Bagatellverträge und die vorläufig angewendeten Abkommen. Die neue Rechenschaftspflicht dürfte die Vorwirkung haben, dass der Bundesrat seine Abschlusskompetenzen vorsichtig ausübt. Nachträglich soll sie Transparenz über die bundesrätliche Vertragsschlusspraxis schaffen, die ja nicht abschliessend normiert ist, und es so der Bundesversammlung erlauben, diese zu überprüfen und gegebenenfalls zu korrigieren (d.h. in einer Motion die Unterbreitung des Vertrags zur ordentlichen Genehmigung verlangen, wenn sie sich selbst für zuständig erachtet; n° 466 u. 467) und so für die Zukunft in genehme Bahnen zu steuern¹⁷⁹⁴. Die Räte können damit ihre Mitwirkungs- und Kontrollrechte wahrnehmen, ohne dass die aussenpolitische Flexibilität des

¹⁷⁸⁸ vgl. MOERI, S. 72-74; HANGARTNER/KLEY, Rz. 1087

¹⁷⁸⁹ HANGARTNER/KLEY, Rz. 1091

¹⁷⁹⁰ Die für komplexe Verhandlungen nötigen departementsübergreifenden Strukturen fehlen aber noch weitgehend; s. COTTIER/GERMANN, Rz. 18-19; vgl. COTTIERs Erfahrungen bei der *Uruguay-Runde*, S. 42-43

¹⁷⁹¹ Bericht (Fn. 1757), 4830

¹⁷⁹² BGE 118 Ia 245, S. 248, X. c. *Schulverwaltung und Berufsschulkommission der Stadt St. Gallen*, vom 9. Juli 1992; VILLIGER, *Handbuch*, Rz. 180; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1253; ZELLWEGER, S. 401-408; Bericht (Fn. 1787), S. 8839

¹⁷⁹³ vgl. COTTIER/WÜGER/ZELLWEGER, *Synthesebericht*, S. 23-24; COTTIER, *Synthesen*, S. 16-18; Bericht (Fn. 1757), S. 4836

¹⁷⁹⁴ Bericht (Fn. 1757), 4830-4831 u. 4827

Bundesrates eingeschränkt wird ¹⁷⁹⁵. „Eine ausgewogene Praxis des Bundesrates und die aufmerksame parlamentarische Nachkontrolle sind auf jeden Fall geeignet, Einbrüche in das geltende Verfassungsrecht zu vermeiden“, wie die Direktion für Völkerrecht und das Bundesamt für Justiz 1987 in ihrer Mitteilung zur neuen Kategorie der Bagatellverträge schrieben ¹⁷⁹⁶.

461. *Vertragskündigung, -suspendierung, -verlängerung und -änderung.*- Es ist (wie in den USA, vgl. n° 283) umstritten, ob für die *Vertragsbeendigung oder -suspendierung* ungeachtet der Form der Genehmigung alleine die Exekutive zuständig ist. Als Begründung für eine alleinige Zuständigkeit des Bundesrates wird der Parallelismus der Formen (der Bundsrat ist alleine zur Ratifikation zuständig) oder das Fehlen sich neu ergebender Verpflichtungen für die Schweiz angeführt ¹⁷⁹⁷. Die alleinige Zuständigkeit des Bundesrates erscheint jedoch als unbefriedigend, wenn die Kündigung oder Suspendierung weitreichende Auswirkungen hat ¹⁷⁹⁸ oder wenn ein Vertrag den Einzelnen justiziable Rechte verleiht ¹⁷⁹⁹. Zudem wäre auf Grund des Parallelismus der Formen eher der Schluss ziehen, dass auch die Kündigung der vorgängigen Genehmigung durch das Parlament untersteht, wenn dies für den Vertragsschluss galt – wie dies Schwedens Verfassung denn auch ausdrücklich vorschreibt (RF 10:4; s. n° 330; in Frankreich, wo der Einfluss des Parlaments zurückgebunden werden sollte, sowie in Deutschland kann dagegen die Exekutive alleine kündigen, s. n° 179 u. 130). Und schliesslich ergab sich die alleinige Zuständigkeit nicht aus der alten Verfassung (s. Art. 85 Ziff. 5 aBV) ¹⁸⁰⁰, noch ergibt sie sich aus der neuen. Es ist deshalb EHRENZELLER zuzustimmen, dass die Bundesversammlung eine Kündigung verhindern oder mit einfachem Bundesbeschluss auch durchsetzen könnte ¹⁸⁰¹. Wie beim Abschluss, so sind die Bundesversammlung und gegebenenfalls Volk und Stände auch bei der Kündigung einzubeziehen (vgl. n° 466-467; 475-479) ¹⁸⁰². Der Verfassungsbeschluss über den Beitritt zum Völkerbund ¹⁸⁰³ sah denn auch ausdrücklich vor, dass Beschlüsse über die Kündigung des Völkerbundsvertrags oder den Rücktritt von diesem Volk und Ständen zur Abstimmung zu unterbreiten wären (vgl. n° 457). Der Beschluss über den Völkerbundsbeitritt sah zudem ausdrücklich die Volksinitiative auf Austritt

¹⁷⁹⁵ ZELLWEGER, S. 416

¹⁷⁹⁶ Mitteilung (Fn. 1776), S. 383

¹⁷⁹⁷ SCHINDLER, *Art. 85 Abs. 5*, Rz. 55

¹⁷⁹⁸ KURT EICHENBERGER, *Die oberste Gewalt im Bund*, Diss. Zürich 1949, S. 126; HANGARTNER/KLEY, Rz. 1155

¹⁷⁹⁹ WILHELM, S. 38-39

¹⁸⁰⁰ AUBERT, *Traité*, ad Nr. 1556 Anm. 99

¹⁸⁰¹ EHRENZELLER, *Legislative Gewalt*, S. 539-545, 577; vgl. AUBERT, *ibid.*, Nr. 1369, u. MONNIER, S. 206-207

¹⁸⁰² HANGARTNER/KLEY, Rz. 1099, 1155

¹⁸⁰³ AS 36 651

vor; dies ist aber keine Ausnahme zur alleinigen Zuständigkeit des Bundesrates zur Vertragsbeendigung, wie SCHINDLER annimmt¹⁸⁰⁴, da einzig das zwingende Völkerrecht eine materielle Schranke der Verfassungsrevision darstellt (vgl. n° 375).

Völkerrechtliche Verträge werden aber auch „in teilweise bemerkenswertem Umfang“ (HANGARTNER/KLEY) durch die Regierungs- und Verwaltungspraxis weiterentwickelt, suspendiert oder gar aufgehoben. Gegenüber solchen Entwicklungen bleibt die Bundesversammlung meist blosser Zuschauerin. Eine Vertragspraxis, die materiell auf eine Vertragsänderung, -suspendierung oder -kündigung hinausläuft, sollte jedoch ebenfalls nach den allgemeinen Regeln über die Kompetenzverteilung behandelt werden, wie dies in Deutschland und Schweden geschieht (n° 130 *in fine* u. 330)¹⁸⁰⁵. Dies ist um so mehr angezeigt, als sich die Gerichte für die Nachführung der Praxis als zuständig erachten und stillschweigend aufgehobene Vertragsbestimmungen nicht mehr anwenden (n° 394; vgl. auch n° 423, Nichtanwendung bei Verstoß gegen zwingendes Völkerrecht).

Hingegen ist natürlich unbestritten, dass die *Kündigung* oder *Suspendierung* nicht der Judikative zusteht. Daraus wird aber fälschlicherweise geschlossen, Gerichte dürften einem Vertrag die Anwendung nicht versagen, wenn er im Sinne von Art. 60 WVÜ von der Gegenseite erheblich verletzt werde. Der Entscheid über die Opportunität solcher Vergeltungsmassnahmen sei den politischen Behörden zu überlassen¹⁸⁰⁶. Die unterschiedliche Handhabung der Gründe, die eine Nichtanwendung eines Vertrags rechtfertigen, ist aber wenig überzeugend und nicht im Interesse der effektiven Durchsetzung der Völkerrechtsordnung, s. n° 45.

Der Bundesrat kann alleine gekündete Verträge *verlängern*, während die *Erneuerung* eines abgelaufenen Abkommens ebenso wie eine *Vertragsänderung* wie ein neues Vertragsschlussverfahren gehandhabt wird¹⁸⁰⁷.

462. *Wahrung der äusseren Sicherheit (Art. 185).*- Zusammen mit der Bundesversammlung (*infra*, n° 468) trifft der Bundesrat Massnahmen zur Wahrung der äusseren Sicherheit, der Unabhängigkeit und der Neutralität der Schweiz (Art. 185 Abs. 1 BV)¹⁸⁰⁸. Im Gegensatz zu den oben (n° 456) beschriebenen allgemeinen auswärtigen Beziehungen besitzt das Parlament hier eine konkurrierende Zuständigkeit. Der Bundesrat kann also seine Kompetenz nur solange und soweit ausüben, als das

¹⁸⁰⁴ SCHINDLER, *Art. 85 Abs. 5*, Rz. 55

¹⁸⁰⁵ s. HANGARTNER/KLEY, Rz. 1079

¹⁸⁰⁶ BGE 49 I 188, S. 196-199, *Lepeschkin c. Zürcher Obergericht*, vom 2. Februar 1923; 78 I 124, S. 130 E. 3, *Landys & Gyr AG c. W. H. Joens & Co.*, vom 4. Juni 1952; ACHERMANN, S. 72-73

¹⁸⁰⁷ AUBERT, *Traité*, Nr. 1556 u. 1324; MONNIER, S. 200 u. 215; WILHELM, S. 38 u. 42

¹⁸⁰⁸ s. AUBERT, *ibid.*, Nr. 1330-1332 u. 1557; MONNIER, S. 201-204, 231-232; SÄGESSER (HRSG.), Rz. 970-976; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1537-1538, 1263; RHINOW, *Bundesverfassung*, S. 377-379; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1661

Parlament davon keinen Gebrauch gemacht hat. Unmittelbar gestützt auf diese Kompetenz kann der Bundesrat befristete Verordnungen und Verfügungen erlassen, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen (Art. 185 Abs. 2 BV). Notfalls kann er sogar Truppen aufbieten (Abs. 4).

463. *Vollzug von Völkerrecht.*- Die Frage der Zuständigkeit zum Vollzug von Völkerrecht ist schon oben in Bezug auf die Kompetenzteilung zwischen Bund und Kantonen behandelt worden (n° 451). Auch im Verhältnis zwischen Bundesrat und Bundesversammlung richtet sich die Vollzugskompetenz nach der innerstaatlichen Zuständigkeit. Es sind also – z.B. bei der Umsetzung nicht direkt anwendbarer Verträge – die für die Rechtsetzung üblichen Regeln anwendbar (Art. 164 BV) ¹⁸⁰⁹.

b) Die Kompetenzen der Bundesversammlung

464. *Mitwirkung ...*- Die Bundesversammlung beteiligt sich an der Gestaltung der Aussenpolitik. Art. 166 Abs. 1 BV verankert ihre aussenpolitischen Kompetenzen neu ausdrücklich auf Verfassungsebene. Damit wird die gesteigerte Verantwortung der Bundesversammlung für die Führung der Aussenpolitik verdeutlicht, die durch die zunehmende Verlagerung innenpolitisch wichtiger Entscheide auf die aussenpolitische Ebene nötig geworden ist ¹⁸¹⁰.

Die genaue Ausgestaltung dieser Beteiligungskompetenz ist gegenwärtig noch offen. Primär erfolgte der Einbezug bislang durch eine regelmässige und frühzeitige Information der aussenpolitischen Kommissionen über aussenpolitische Entwicklungen. Die aussenpolitischen Kommissionen haben das Recht, Motionen, Postulate, Empfehlungen, Interpellationen und Initiativen einzureichen ¹⁸¹¹. Der zunehmende Einfluss der Aussenpolitik auf die Innenpolitik hatten das Parlament zu einer Verstärkung seines *direkten Einflusses* veranlasst. Der am 1. Februar 1992 in Kraft getretene Art. 47^{bis} a GVG verpflichtet die Räte, die internationale Entwicklung zu verfolgen und die Verhandlungen der Schweiz mit anderen Staaten und internationalen Organisationen zu begleiten (Abs. 1). Hierzu muss der Bundesrat die Ratspräsidentinnen und -präsidenten und die Mitglieder der aussenpolitischen Kommissionen regelmässig, umfassend und frühzeitig über die Entwicklung der aussenpolitischen

¹⁸⁰⁹ vgl. SCHINDLER, *Art. 85 Ziff. 5*, Rz. 65, m. w. Hinw.

¹⁸¹⁰ vgl. COTTIER/WÜGER, S. 265; SÄGESSER, S. 24-25; RHINOW, *Bundesverfassung*, S. 374; SÄGESSER (HRSG.), Rz. 517, 939-940; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1521; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 392

¹⁸¹¹ WILDHABER, *Kompetenzordnung*, S. 134-135

Lage und über aussenpolitische Vorhaben informieren (Abs. 2). Ausserdem muss er die zuständigen Kommissionen bei Vertragsverhandlungen auf ihr Verlangen hin zur Festlegung der Richtlinien des Verhandlungsmandats konsultieren und sie über den Fortgang der Verhandlungen informieren; wenn Verhandlungen in internationalen Organisationen zu Beschlüssen führen, welche in der Schweiz geltendes – direkt oder nicht direkt anwendbares – Recht schaffen, so muss der Bundesrat die aussenpolitischen Kommissionen der Räte von sich aus konsultieren und informieren (Abs. 3, 4 u. 5) ¹⁸¹². Dass die Stellungnahmen rechtlich nicht verbindlich sind, dürfte in der Praxis ohne Bedeutung sein, denn politisch ist der Bundesrat an die in einem förmlichen Verfahren zu Stande gekommene parlamentarische Meinung wohl meist gebunden ¹⁸¹³. Bisher hatte der Bundesrat die Verhandlungsmandate alleine festgelegt, und sie wurden nicht einmal publiziert ¹⁸¹⁴.

In besonders wichtigen Verhandlungen tritt der Bundesrat auch in direkten Kontakt mit den politischen Meinungsführerinnen und -führern, wie er dies im Rahmen der am 12. Dezember 1998 auf politischer Ebene abgeschlossenen sektoriellen Verhandlungen mit der EU mehrmals getan hat. Er sichert zudem die wesentlichen aussenpolitischen Geschäfte an den sogenannten von Wattenwyl-Gesprächen mit den Spitzen der Regierungsparteien ab ¹⁸¹⁵.

Möglich ist ein Ausbau dieses bestehenden Informations- und Meinungsaustausches – namentlich auf Kommissionsebene – bis hin zur gemeinsamen Festlegung einzelner aussenpolitischer Ziele in Konkretisierung von Art. 2, 54 Abs. 2 und 101 BV ¹⁸¹⁶. Die Definition der Ziele sollte sich dabei auf Grundsätzliches beschränken, um

¹⁸¹² Nach COTTIER/PANNATIER, SJK 384, S. 11 *in fine*, sollte sich die Konsultation auf strategische Fragen und rechtsetzende Bestimmungen im Zuständigkeitsbereich des Parlaments beschränken. – S. zum Ganzen SÄGESSER (HRSG.), Rz. 514-516; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 392-393.

¹⁸¹³ vgl. ZELLWEGER, S. 263

¹⁸¹⁴ vgl. dagegen das amerikanische „Schnellspurverfahren“ (n° 287); COTTIER, *Uruguay-Runde*, S. 41; COTTIER/NADAKAVUKAREN SCHEFER, S. 339-340

¹⁸¹⁵ COTTIER/WÜGER/ZELLWEGER, *Synthesebericht*, S. 17; COTTIER, *Synthesen*, S. 14; COTTIER/GERMANN, Rz. 24; ZELLWEGER, S. 264

¹⁸¹⁶ Ein Antrag der Staatspolitischen Kommissionen beider Räte wollte die Bundesversammlung verpflichten, die grundlegenden Ziele der Aussenpolitik festzulegen (vgl. BBl 1997 III 281), wogegen sich der Bundesrat vehement mit der Begründung wehrte, dies würde eine ungenügende Flexibilität und Schwächung seiner Stellung nach innen und aussen verursachen (BBl 1997 III 1496-1497). Der Antrag fand nicht Eingang in die nachgeführte Verfassung, sondern wurde in abgeschwächter Form in die Staatsleitungsreform verwiesen, die dem Parlament mittels Resolutionen zur Beeinflussung der Aussenpolitik verhelfen will. Die Kompetenz zur Zielfestlegung kann deshalb aber (entgegen EPINEY, *Beziehungen*, Rz. 24) nicht verneint werden. Beim Antrag stand die *Verpflichtung* zur Zielfestlegung im Vordergrund, während es hier um die *Möglichkeit* einer Zielfestlegung geht, welche sich sowohl aus den aussenpolitischen Beteiligungsrechten als auch aus der Planungskompetenz nach Art. 173 Abs. 1 Bst. g BV ergibt. – Vgl. LOMBARDI, *Volksrechte*, S. 714; MORITZ VON WYSS, *Die Bundesversammlung als oberste Gewalt des Bundes*, in: Gächter/Bertschi, S. 263-264; SÄGESSER (HRSG.), Rz. 415-515, 517-518 u. 940; RHINOW, *Bundesverfassung*, S. 374-375; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 392-393; vgl. zu den Informationsrechten der Kommissionen VON WYSS, *ibid.*, S. 258-260, m. w. Hinw.

die aussenpolitische Flexibilität des Bundesrates nicht unnötig zu hemmen¹⁸¹⁷. Die Mitwirkung des Parlaments wird zudem bisweilen durch seinen Milizcharakter und dadurch, dass es nur viermal jährlich tagt, an Grenzen stossen¹⁸¹⁸.

Das Parlament verfügt zudem über erhebliche *indirekte Einflussmöglichkeiten*: Erlass aussenpolitisch relevanter Gesetze (Art. 164 BV) und Beschlüsse (Art. 163 Abs. 2 BV), Genehmigung von Berichten, Finanzhoheit (Art. 167 BV), Oberaufsicht (Art. 169 BV), Prüfung der Wirksamkeit staatlicher Massnahmen (Art. 170 BV), Planung der Staatstätigkeit (Art. 173 Abs. 1 Bst. Gemeinsame Stellungnahme BV) und generell politische Debatten.

465. ... und Beaufsichtigung der Aussenpolitik (Art. 166 Abs. 1 BV).- Wie erwähnt beschränkte sich das Parlament lange auf seine Kontrollfunktion, obwohl es – ausser vielleicht Zweckmässigkeitsüberlegungen oder eine früher geringe Wählerwirksamkeit – auch unter der alten Verfassung nichts gehindert hätte, mehr Einfluss auf die Führung der Aussenpolitik auszuüben¹⁸¹⁹. Heute ist es hierzu, wie wir eben gesehen haben, von Verfassungs wegen verpflichtet. Und wo das Parlament sich nicht direkt an der Gestaltung der Aussenpolitik beteiligt, hat es diese natürlich immer noch zu beaufsichtigen¹⁸²⁰. Die Art und Weise der Wahrnehmung dieser Aufsichtskompetenz ist ebenfalls, wie bei der Mitwirkungskompetenz, noch offen. Denkbar sind die herkömmlichen Kontrollrechte, aber auch ein vermehrter Dialog¹⁸²¹. Ein wichtiges Kontrollinstrument bildet namentlich die Budgethoheit des Parlaments (Art. 167 BV)¹⁸²². Die neu in Art. 170 BV vorgesehene Wirksamkeitsprüfung der Massnahmen des Bundes gibt dem Parlament zudem ein weiteres Instrument zur Einflussnahme in die Hand¹⁸²³.

466. Insbesondere: Genehmigung völkerrechtlicher Verträge (Art. 166 Abs. 2 BV).- Dies ist die bedeutendste aussenpolitische Kompetenz des Parlaments. Denn die Verträge sind das wichtigste aussenpolitische Instrument. Sie haben den grössten

¹⁸¹⁷ SCHINDLER, *Art. 85 Ziff. 5*, Rz. 35; COTTIER/WÜGER, S. 265 LOMBARDI, *ibid.*, S. 711; RHINOW, *ibid.*, S. 374-375; SÄGESSER (HRSG.), Rz. 525; COTTIER, *Synthesen*, S. 15; COTTIER/GERMANN, Rz. 45; BBl 1997 III 281. – Gleiches sollte grundsätzlich auch für die vorgeschlagene Resolution gelten (vgl. die vorstehende Fn.); ZELLWEGER, S. 272.

¹⁸¹⁸ COTTIER/WÜGER/ZELLWEGER, *Angeleichung*, S. 25, u. *Synthesebericht*, S. 18; COTTIER/GERMANN, Rz. 33; ZELLWEGER, S. 265 u. 268

¹⁸¹⁹ AUBERT, *Traité, ad* Nr. 1317, u. *Révision*, S. 110; COTTIER/WÜGER/ZELLWEGER, *Synthesebericht*, S. 18; vgl. ZELLWEGER, S. 266

¹⁸²⁰ Aus der Kontrollkompetenz der Bundesversammlung lässt sich also nicht ableiten, dass diese nicht dennoch gestalterisch mitwirken sollte, wie dies COTTIER/GERMANN, Rz. 34 für wünschbar halten.

¹⁸²¹ vgl. MOERI, S. 246-268; RHINOW, *Bundesverfassung*, S. 374

¹⁸²² vgl. MONNIER, S. 205-206; AUBERT, *Traité, ad* Nr. 1555 u. Nr. 1558; WILHELM, S. 39-40

¹⁸²³ vgl. HÄFELIN/HALLER, Rz. 1546

innerstaatlichen Einfluss. Wenn der Vertragsschluss alleinige Angelegenheit des Bundesrates wäre, könnte das mit der Bundesverfassung eingerichtete Gleichgewicht der Gewalten leicht durcheinander gebracht werden: Der Bundesrat könnte mit Verträgen die Wirkung der Bundesgesetze aufheben. Um dies zu verhindern, hat die verfassungsgebende Gewalt die Genehmigungspflicht vorgesehen (Art. 166 Abs. 2, 184 Abs. 2 BV). Die Genehmigung hat im Allgemeinen vor der Ratifikation zu erfolgen (vgl. zur sogenannten Vorausgenehmigung n° 457) ¹⁸²⁴.

Der Genehmigung unterliegen alle völkerrechtlichen Verträge, welche der Schweiz neue Pflichten begründen oder Rechte nehmen. Ausgenommen sind Verträge, zu deren Abschluss der Bundesrat auf Grund eines Gesetzes oder eines völkerrechtlichen Vertrags ermächtigt ist (vgl. n° 457) ¹⁸²⁵. Die Genehmigung geschieht durch die Zustimmung zu einem einfachen oder, bei dem Referendum unterstellten Verträgen, zu einem referendumpflichtigem Bundesbeschluss ¹⁸²⁶. Wie erwähnt ist die Genehmigung eine Ermächtigung, kein Auftrag (n° 457). Ein widerrechtlich ohne Genehmigung abgeschlossener Vertrag wäre vom Bundesrat auf den nächsten zulässigen Termin zu kündigen, falls die Bundesversammlung diesen nicht nachträglich genehmigt. Wenn der Bundesrat die Bundesversammlung bewusst umgangen hätte, oder diese zu unrecht einem Vertrag nicht mit einem referendumpflichtigen Beschluss zustimmte wären sie in jedem Fall vor dem Parlament bzw. dem Volk politisch verantwortlich ¹⁸²⁷. Zur Geltung eines ohne Genehmigung ratifizierten Abkommens s. *supra*, n° 389-390.

Die Rolle der Räte bei der Eingehung vertraglicher Bindungen ist kleiner als bei der Gesetzgebung: Die Entstehung der meisten Verträge kann die Bundesversammlung kaum massgeblich beeinflussen. Selten hat sie versucht, den Bundesrat mittels Motion dazu aufzufordern, einen bestimmten Vertrag abzuschliessen ¹⁸²⁸. Dieser neigt verständlicherweise dazu, die zwingende Natur solcher Motionen zu verneinen ¹⁸²⁹. Die neue Bundesverfassung erwähnt nun in Art. 171 die Möglichkeit der Bundesversamm-

¹⁸²⁴ AUBERT, *Traité*, Nr. 1317; MOERI, S. 31; WILHELM, S. 42

¹⁸²⁵ AUBERT, *ibid.*, Nr. 1318; WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 59, u. *Parliamentary Participation*, S. 134; MONNIER, S. 213-214; WILHELM, *ibid.* – Dies gilt auch für den Fall, dass ein Vertrag – jedenfalls in absehbarer Zeit – keine konkreten Auswirkungen auf die Pflichten und Rechte der Schweiz hat, wie z.B. der Vertrag über den Verzicht auf den Krieg („Briand-Kellogg-Pakt“), vom 27. August 1928 (SR 0.193.311) oder das Abkommen über das Verbot von Kernwaffenversuchen in der Luft, im Weltraum und unter Wasser, vom 5. August 1963 (SR 0.515.01); MONNIER, S. 223; WILHELM, S. 50; ZELLWEGER, S. 376

¹⁸²⁶ HANGARTNER/KLEY, Rz. 1158; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1903

¹⁸²⁷ vgl. AUBERT, *Révision*, S. 111; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1901 *in fine*

¹⁸²⁸ s. eine Motion SCHMID über den Abschluss einer internationalen Konvention zum Schutze politischer Häftlinge, vom 13. Dezember 1970, 1971 von den Räten überwiesen (BB1 1977 II 1093) und 1977 u. 1978 bestätigt (Amtl. Bull. NR 1977, S. 1688; StR 1978, S. 19). – SCHINDLER, *Art. 85 Ziff. 5*, Rz. 35; AUBERT, *Traité*, *ad* Nr. 1317, 1369; MOERI, S. 129; WILDHABER, *Kompetenzordnung*, S. 136, u. *Parliamentary Participation*, S. 135; SÄGESSER (HRSG.), Rz. 535.

¹⁸²⁹ MONNIER, S. 218-219; vgl. MOERI, S. 120-127, 259-263; WILHELM, S. 40-41; AUBERT, *ibid.*, *ad* Nr. 1317, Anm. 32; nuanciert Ehrenzeller, *Legislative Gewalt*, S. 576-578; ZELLWEGER, S. 268-269

lung, dem Bundesrat Aufträge zu erteilen. Damit sind sämtliche parlamentarische Handlungsinstrumente gemeint, womit diese nunmehr über eine ausdrückliche Verfassungsgrundlage verfügen. Sie umfassen also auch die Motion, welche nach dem Willen der staatspolitischen Kommissionen im ausschliesslichen und delegierten Kompetenzbereich der Regierung wie eine Richtlinie wirken soll, von welcher der Bundesrat nur in begründeten Fällen abweichen darf (ebenso Art. 22^{quater} Abs. 1 GVG für die Leistungsaufträge); die Wirkung des Auftrags ist aber noch bei der Totalrevision des GVG zu bestimmen¹⁸³⁰. Und im Unterschied zum Gesetzgebungsverfahren legt der Bundesrat den Vertrag und den Bundesbeschluss über dessen Genehmigung den beiden Räten vor, die beide zustimmen müssen; es gibt kein Differenzbereinigungsverfahren (Art. 21 Abs. 2 GVG). Es findet auch gar keine artikelweise Beratung und Abstimmung statt, denn die Bundesversammlung bestimmt technisch gesehen nur über den Bundesbeschluss, nicht über den Vertrag als solchen. Sie kann somit keine Änderungsvorschläge vorbringen und grundsätzlich nur den Vertrag *en bloc* annehmen oder ablehnen¹⁸³¹. Denkbar wäre auch eine Teilgenehmigung des vorgelegten Vertrags, was praktisch allerdings meist einer Ablehnung gleichkäme¹⁸³². Die Bundesversammlung kann ausserdem den Bundesrat anweisen, über eine Ergänzung oder Abänderung des Vertrags zu verhandeln oder ihn verpflichten, einen Vorbehalt oder eine auslegende Erklärung anzubringen oder diese zu ändern. Zudem kann sie ausführliche Erläuterungen von ihm verlangen und so Druck auf ihn ausüben¹⁸³³. Und schliesslich kann sie die innerstaatliche Anwendung unter ihre Kontrolle bringen, indem sie im Genehmigungsbeschluss die unmittelbare Anwendbarkeit des Vertrags als Ganzem oder bestimmter Normen ausschliesst (s. n° 401)¹⁸³⁴.

Es geschieht selten, dass die Räte die Genehmigung verweigern. Ein bekanntes Opfer wurde die Europäische Sozialcharta vom 18. Oktober 1961, die der Bundesrat 1976 unterzeichnet hatte und die 1987 von der Bundesversammlung abgelehnt wurde¹⁸³⁵. Die Möglichkeit einer Ablehnung dürfte jedoch eine gewisse präventive

¹⁸³⁰ SÄGESSER, S. 27; vgl. VON WYSS (Fn. 1816), S. 261-262

¹⁸³¹ MONNIER, S. 215; WILDHABER, *Kompetenzordnung*, S. 138, u. *Parliamentary Participation*, S. 136; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1255; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1522, 1902; COTTIER/GERMANN, Rz. 22; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 393

¹⁸³² Botschaft über eine neue Bundesverfassung, *ibid.*

¹⁸³³ WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 57, u. *Kompetenzordnung*, *ibid.*, u. *Parliamentary Participation*, S. 137-138; MONNIER, S. 216-217; MOERI, S. 130-136; WILHELM, S. 43; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *ibid.*; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1522; ZELLWEGER, S. 279; ZIMMERLI, *Bundesversammlung*, Rz. 26; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, *ibid.*

¹⁸³⁴ SCHINDLER, *Die Schweiz und das Völkerrecht*, S. 112; THÜRER, *Bundesverfassung und Völkerrecht*, Rz. 11 Anm. 28 *in fine*; COTTIER/PANNATIER, SJK 385, S. 5; HOLZER, S. 116, für den die Räte auch die direkte Anwendbarkeit von *accords en forme simplifiée* ausschliessen können.

¹⁸³⁵ BBI 1983 II 1241, S. 1347-1366 (Text); 1988 II 311; Amtl. Bull. StR 1984, S. 44, NR 1987, S. 1594; AUBERT, *Traité*, Nr. 1321; MONNIER, S. 215-216; ZELLWEGER, S. 306-308

Wirkung haben ¹⁸³⁶. Weil die Ablehnung eines ausgehandelten Vertrags aber immer grössere internationale oder interne Auswirkungen hat, ist es wichtig, dass sich die Beteiligung des Parlaments nicht auf die Genehmigungsphase beschränkt, sondern dass dieses und insbesondere die zuständigen Kommissionen regelmässig und rechtzeitig über die Verhandlungen informiert werden. Dies geschah so z.B. beim Freihandelsabkommen mit der EWG von 1972 ¹⁸³⁷, der EMRK und ihren Zusatzprotokollen, den UNO-Menschenrechtspakten und bei den Arbeiten zur Schaffung des EWR ¹⁸³⁸. Im Beitrittsverfahren zur EMRK wurde die Bundesversammlung sogar gleich zweimal einbezogen, nämlich nicht nur vor der Ratifikation, sondern auch vor der Unterzeichnung, was aussergewöhnlich ist ¹⁸³⁹.

Art. 47^{bis} a GVG regelt nun die Begleitung des Vertragsschlussverfahrens durch das Parlament (*supra*, n° 464). Es trifft immer weniger zu, dass die Räte nur zum Ergebnis der Verhandlungen Stellung nehmen können ¹⁸⁴⁰.

467. *Vertragskündigung, -suspendierung, -verlängerung und -änderung.*- Die Räte können den Bundesrat mittels Motion zur Vertragskündigung auffordern und eine solche mit einfachem Bundesbeschluss durchsetzen oder sich einer solchen widersetzen (n° 461) ¹⁸⁴¹. Die Frage ist allerdings umstritten, und der Bundesrat lehnt die bindende Natur solcher Motionen natürlich gewöhnlich ab ¹⁸⁴².

Die Erneuerung eines Abkommens wird im Falle eines abgelaufenen Vertrages – anders als beim gekündeten Vertrag – wie erwähnt wie ein neuer Vertragsschluss behandelt, ebenso die Vertragsänderung (n° 461 *in fine*).

468. *Wahrung der äusseren Sicherheit (Art. 173 Abs. 1 Bst. a u. c).*- Wie unter der alten Bundesverfassung bestehen weiterhin konkurrierende Zuständigkeiten von Bundesrat und Bundesversammlung zur Wahrung der äusseren Sicherheit, der

¹⁸³⁶ Der Hinweis auf eine drohende Ablehnung in Parlament oder Referendumsabstimmung dürfte ausserdem die Position der bundesrätlichen Verhandlungsdelegationen stärken; vgl. Fn. 1854; AUBERT, *ibid.*; SÄGESSER (HRSG.), Rz. 944; COTTIER, *Uruguay-Runde*, S. 42; SCHINDLER, *Entwicklung*, S. 32-33; ZELLWEGER, S. 265, 280.

¹⁸³⁷ SR 0.632.401

¹⁸³⁸ WILDHABER, *Kompetenzordnung*, S. 138, u. *Parliamentary Participation*, S. 136; vgl. HANGARTNER/KLEY, Rz. 1065

¹⁸³⁹ BBl 1968 II 1057; 1972 I 989; Amtl. Bull. NR 1972, S. 1709; StR 780; Aubert, *Traité*, Nr. 1320

¹⁸⁴⁰ ZELLWEGER, S. 265, der darauf hinweist, dass die Referendumsmöglichkeit den Spielraum der Bundesversammlung auch in Bereichen ohne Aussenbezug einschränkt (S. 275-280); diese Einschränkung wird jedoch durch das Volk und nicht die Exekutive verursacht, was ein grosser Unterschied ist.

¹⁸⁴¹ AUBERT, *Traité*, ad Nr. 1317, 1324, 1369; WILHELM, S. 38 Anm. 67; ZELLWEGER, S. 415; Gutachten der Justizabteilung, vom 15. Juni 1976, VPB 40 (1976) Nr. 68, S. 13-14; s. z.B. Amtl. Bull. StR 1972, S. 242; NR 1978, S. 885-886, u. 1979, S. 1123-1125

¹⁸⁴² Amtl. Bull. NR 1975, S. 960-965; WILDHABER, *Parliamentary Participation*, S. 139; vgl. AUBERT, *Traité*, ad Nr. 1317

Unabhängigkeit und der Neutralität der Schweiz (s. n° 462). Wenn ausserordentliche Umstände es erfordern, kann die Bundesversammlung hierzu Verordnungen oder einfache Bundesbeschlüsse erlassen (Art. 173 Abs. 1 Bst. c BV). Als einfache Bundesbeschlüsse sind solche Massnahmen – im Gegensatz zum sonstigen Dringlichkeitsrecht (Art. 165 BV) – dem Referendum entzogen. Als Begründung wird angeführt, dass es im Falle einer ausländischen Bedrohung hinderlich sein könne, eine Massnahme zwangsläufig innert eines Jahres dem Referendum auszusetzen¹⁸⁴³. Im Übrigen liegt auch die Anordnung des Aktivdienstes und das Truppenaufgebot weiterhin grundsätzlich in der Zuständigkeit des Parlaments (Art. 173 Abs. 1 Bst. d BV), das auch den General wählt (Art. 168 Abs. 1 BV)¹⁸⁴⁴.

469. *Verfassungs- und Gesetzgebungskompetenz (Art. 163, 192-194 BV).*– Die Bundesversammlung kann – unter Vorbehalt des Referendums – Verfassungsänderungen und Gesetze über die Aussenpolitik beschliessen¹⁸⁴⁵. Sie erlässt die zur innerstaatlichen Anwendbarkeit nötigen Gesetze zu Non-self-executing-Verträgen, wobei ihr dazu nicht immer die nötige Zeit gelassen wird. Zur Diskussion des 959-seitigen WTO-Pakets hatten die Räte nur gerade zwei Wochen zur Verfügung, damit das Abkommen rechtzeitig ratifiziert werden konnte¹⁸⁴⁶. Im Zuge der Globalisierung haben aber auch grundsätzlich innengerichtete Erlasse häufig aussenpolitische Auswirkungen; vgl. n° 481.

470. *Ungültigerklärung von Volksinitiativen (Art. 139 Abs. 3 BV), Unterstellung unter das Referendum (Art. 140 Abs. 1 Bst. b u. 141 Abs. 1 Bst. d).*– Die Bundesversammlung beurteilt, ob eine Verfassungsinitiative wegen Verstoss gegen zwingendes Völkerrecht ungültig zu erklären ist (vgl. n° 368-377 sowie 486), und sie entscheidet darüber, ob ein Abkommen Volk und ausserdem Ständen zu unterbreiten ist. (s. *infra*, n° 472-479). Sie ist dabei aber nicht frei, sondern an die Grundsätze rechtstaatlichen

¹⁸⁴³ RHINOW, *Bundesverfassung*, S. 378; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1523; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 398-400

¹⁸⁴⁴ vgl. AUBERT, *Traité*, Nr. 1331; MONNIER, S. 232-233; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1524. – Im Zuge der sprachlichen Gleichstellung von Mann und Frau hatte die ständerätliche Kommission in einer internen Version von Art. 168 Abs. 1 BV statt „General“ den Ausdruck „Oberbefehlshaber oder Oberbefehlshaberin“ vorgesehen. Sie liess dann aber – so RHINOW, S. 379 – vor ihrem eigenen Mut erschrocken diesen Gleichstellungsvorschlag fallen, ohne auf Widerstand sonst auf sprachlicher Gleichstellung bedachter Ratsmitglieder zu stossen.

¹⁸⁴⁵ s. das in Fn. 1785 schon erwähnte Bundesgesetz über aussenwirtschaftliche Massnahmen, vom 25. Juni 1982 (SR 946.201), und das Bundesgesetz über die internationale Entwicklungszusammenarbeit und humanitäre Hilfe, vom 19. März 1976 (SR 974.0); MONNIER, S. 204-205; SCHINDLER, *Art. 102 Ziff. 8*, Rz. 109; MOERI, S. 185-186. – Zum Problem des Gesetzesvorbehalts in den auswärtigen Angelegenheiten s. eingehend THOMAS G. BORER, *Das Legalitätsprinzip und die auswärtigen Angelegenheiten*, Diss. Basel 1986, S. 430-490, und MOERI, S. 186-231

¹⁸⁴⁶ s. COTTIER/NADAKAVUKAREN SCHEFER, S. 349-353 u. 358-359

Handelns gebunden (Art. 5 BV). Sie muss den vernünftigen Sinn der Verfassungsbestimmungen herausarbeiten und sich um eine kohärente Rechtssprechung bemühen ¹⁸⁴⁷.

471. *Entscheidung von Zuständigkeitskonflikten zwischen den obersten Bundesbehörden (Art. 173 Abs. 1 Bst. i BV).*- Wenn sich der Bundesrat und das Bundesgericht oder die Bundesversammlung uneins sind über die Aufteilung aussenpolitischer Befugnisse, so nimmt die Bundesversammlung als oberste Gewalt im Bund die Zuteilung vor, auch wenn sie selbst Konfliktpartei ist ¹⁸⁴⁸. Wie wir gesehen haben (n° 454), entwickelt sich die Kompetenzverteilung indes im ständigen Dialog zwischen Regierung und Parlament ¹⁸⁴⁹. Die verbesserte Informationspflicht des Bundesrates über seine *accords en forme simplifiée* (n° 460) vergrössert dabei die Kontrolle der Bundesversammlung über die Einhaltung der Vertragsschlusskompetenzen. Die Bundesversammlung muss auch diese Kompetenz nach den oben (n° 470 *in fine*) beschriebenen Grundsätzen ausüben.

c) Die Kompetenzen des Volks

472. *Das Referendum über völkerrechtliche Verträge. Funktion.*- Die direkte Beteiligung des Volks ist das wichtigste Mittel, aussenpolitische Entscheide demokratisch abzustützen. Sie erlaubt es, die Aussenpolitik im Inland zu legitimieren, wie dies im Zuge einer wachsenden Globalisierung zunehmend gefordert wird ¹⁸⁵⁰. Da der Genehmigungsbeschluss der Bundesversammlung nicht rechtsetzenden Charakter hat und somit nicht dem Gesetzesreferendum untersteht, die völkerrechtlichen Verträge in unserer monistischen Rechtsordnung aber ohne Transformationsgesetz landesrechtliche Geltung erlangen, musste ein besonderes Referendum eingeführt werden ¹⁸⁵¹: das Vertragsreferendum. Es soll eine möglichst weitgehende Beteiligung des Volks an den Vertragsschlusskompetenzen des Bundes sicherstellen, aber andererseits dessen Handlungsspielraum nicht zu sehr einengen ¹⁸⁵².

¹⁸⁴⁷ vgl. HANGARTNER/KLEY, Rz. 1069

¹⁸⁴⁸ AUBERT, *Traité*, Nr. 1469; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1555-1557; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 401

¹⁸⁴⁹ vgl. MOERI, S. 112; WILDHABER, *Parliamentary Participation*, S. 132

¹⁸⁵⁰ VILLIGER, *Referendum*, S. 809; SCHINDLER, *Vorrang des Völkerrechts*, S. 321-322, 332, u. *Interdependenz*, S. 287-289; COTTIER/WÜGER/ZELLWEGER, *Angeleichung*, S. 24; COTTIER, *Uruguay-Runde*, S. 47; vgl. THÜRER, *Verfassungsrecht*, Rz. 44-47; ZELLWEGER, S. 254-257

¹⁸⁵¹ HANGARTNER/KLEY, Rz. 1057-1058

¹⁸⁵² vgl. JACOT-GUILLARMOD, *Primaute*, S. 415; MONNIER, S. 243; WILDHABER, *Kompetenzordnung*, S. 145; WILHELM, S. 60-61 u. 72-73; GRISEL, *Verhältnis*, S. 448; COTTIER/WÜGER, S. 268-269; EHRENZELLER, *Volksrechte*, S. 120-121 u. 122-123; EHRENZELLER, *Legislative Gewalt*, S. 168;

Letzteres ist nicht eingetroffen ¹⁸⁵³: Das fakultative Vertragsreferendum wurde bislang nur zwei Mal ergriffen. Die betroffenen Abkommen wurden angenommen (Beitritt zu den Institutionen von Bretton Woods, 1992, und bilaterale Verträge mit der EU, 2000; s. n° 477). Bei den obligatorischen Referendumsabstimmungen wurden drei Verträge angenommen (1920 der Beitritt zum Völkerbund, 1972 das Freihandelsabkommen mit der EWG und 2002 der Beitritt zur UNO; s. n° 475, 476 u. 349 *in fine*) und zwei abgelehnt (der UNO-Beitritt 1986, der EWR-Beitritt 1992; s. n° 475 u. 476). Die Ablehnung des EWR-Beitritts könnte als Ausdruck einer aussenpolitischen Blockierung angesehen werden, doch ist auch der *esprit d'ouverture* der Regierung eher neueren Datums (s. n° 349).

Das Vertragsreferendum dürfte aber eine starke präventive Wirkung haben. So wurde der UNO-Beitritt in (wie sich zeigen sollte berechtigter) Befürchtung eines negativen Abstimmungsausgangs jahrzehntelang hinausgeschoben, und die vom Bundesrat angestrebte EU-Mitgliedschaft wird aus diesem Grund auf unbestimmte Zeit aufgeschoben (vgl. n° 349) ¹⁸⁵⁴. Auch die schweizerische Verhandlungsposition bei der Uruguay-Runde war stark von der Möglichkeit des Referendums beeinflusst, insbesondere im Bereich Landwirtschaft und Patente auf Lebewesen, aber auch in Bezug auf die Struktur der WTO: um das obligatorisches Vertragsreferendum zu vermeiden, war die Schweizer Delegation bemüht, supranationale Elemente daraus zu verbannen ¹⁸⁵⁵. Doch trotz dieser präventiven Wirkung hat das Vertragsreferendum auch seine erstgenannte Funktion, die möglichst weitgehende Beteiligung des Volkes am Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen, nicht voll erfüllt (s. *infra*, n° 477).

473. *Entwicklung.* - Das Referendum über internationale Abkommen wurde erst 1921 eingeführt, wobei die Auseinandersetzungen um den 1909 unterzeichneten Gotthardvertrag den Anstoss gegeben hatten ¹⁸⁵⁶. Dem Bundesrat wurde allgemein vorgeworfen, er habe Deutschland und Italien zuviel Macht bei der Bestimmung der Eisenbahntarife eingeräumt. Ausserdem erschienen die Unkündbarkeit und Unbefristetheit des Vertrags als stossend. Nach der Ratifikation des Vertrags 1913 wurde eine Volksinitiative

HANGARTNER/KLEY, Rz. 106; COTTIER/GERMANN, Rz. 37; vgl. WILDHABER, *Legalitätsprinzip*, S. 169-171; IDEM, *Kompetenzordnung*, S. 145; RHINOW, *Volksrechte*, S. 96

¹⁸⁵³ für diesbezügliche damalige Befürchtungen vgl. etwa den in der NZZ Nr. 277 vom 28. November 1975 veröffentlichten Artikel *Priorität der Handlungsfähigkeit* von Botschafter RUDOLF L. BINDSCHIEDLER, dem Vorsitzenden der 1972 vom Bundesrat ernannten Expertenkommission zur Neuformulierung des Staatsvertragsreferendums, zit. in WILDHABER, *Staatsvertragsreferendum*, S. 201-202

¹⁸⁵⁴ Das Vertragsreferendum kann zudem die Verhandlungsposition der Schweiz stärken, vgl. Fn. 1836. – GRISEL, *Verhältnis*, S. 448; RHINOW, *Volksrechte*, S. 97; SCHINDLER, *Entwicklung*, S. 32; HANGARTNER/KLEY, Rz. 1067, 1100.

¹⁸⁵⁵ COTTIER/NADAKAVUKAREN SCHEFER, S. 340-343 u. 357

¹⁸⁵⁶ s. AUBERT, *Traité*, Nr. 168; SCHINDLER, *Entwicklung*, S. 23-25; HANGARTNER/KLEY, Rz. 1060-1061

eingereicht, welche verlangte, solche Verträge inskünftig dem Referendum zu unterstellen. Der Bundesrat lehnte dies ab, da er dadurch die Vertragsfähigkeit der Schweiz gefährdet sah. Der 1. Weltkrieg schob die Angelegenheit auf. – 1919 dann verfasste der Bundesrat eine zweite Botschaft, die nun positiv war, und die Räte empfahlen die Initiative gar ohne Gegenvorschlag zur Annahme, was bisher erst vier Mal vorgekommen ist¹⁸⁵⁷. Die Initiative wurde angenommen, doch die neue Bestimmung stellte sich als nutzlos heraus: Das von den Initianten gewählte Kriterium für die Unterstellung unter das fakultative Referendum, nämlich die unkündbare Dauer von mehr als 15 Jahren eines Abkommens, war schlecht gewählt. Es erfasste wohl Grenzbereinigungs- und Strassenanschlussabkommen, aber nicht die wichtigsten politischen Entscheide. Das prominenteste Beispiel dafür bildet sicher die Ratifikation der EMRK 1974, aber auch die Beitritte zu OECD (1961)¹⁸⁵⁸, EFTA (1960)¹⁸⁵⁹ und Europarat (1963)¹⁸⁶⁰ unterstanden nicht dem Referendum, weil die entsprechenden Verträge jederzeit kündbar waren¹⁸⁶¹. Ja, es genügte, einem Vertrag eine Kündigungsklausel einzufügen, um ihn dem Referendum zu entziehen¹⁸⁶²!

Um zu verhindern, dass das zunehmend rechtsetzenden Charakter annehmende Vertragsrecht die Volksrechte aushöhlt, wurde das Vertragsreferendum schliesslich 1977 durch eine neue Ordnung ersetzt (Art. 89 Abs. 3-5 aBV). Auch hier gab ein Volksbegehren den Anstoss: Die Neuordnung wurde vom zuerst widerstrebenden Bundesrat als Gegenentwurf zur NA-Staatsvertragsinitiative (vgl. n° 370) präsentiert. Der Bundesrat wollte allerdings das fakultative Referendum auf unbefristete und unkündbare Verträge begrenzen. Erst die Bundesversammlung erweiterte es auf den Beitritt zu einer internationalen Organisation und die multilaterale Rechtsvereinheitlichung¹⁸⁶³.

¹⁸⁵⁷ nämlich noch 1908 (Absinthverbot), 1927 (Änderung der Vorschriften für Spielbanken) und 2002 (UNO-Beitritt, s. n° 480); vgl. AUBERT, *Traité*, Nr. 396; s. f. w. Hinw. unter www.admin.ch/ch/d/pore/va/index.html

¹⁸⁵⁸ Übereinkommen über die Organisation für Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, vom 14. Dezember 1960; SR 0.970.4 (Art. 17)

¹⁸⁵⁹ Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandels-Assoziation (EFTA), vom 4. Januar 1960; SR 0.632.31 (Art. 42)

¹⁸⁶⁰ Satzung des Europarates, vom 5. Mai 1949; SR 0.192.030 (Art. 7)

¹⁸⁶¹ AUBERT, *Traité*, Nr. 1144-1145, 1149-1150 u. ad 1777; MONNIER, S. 235; WILDHABER, *Kompetenzordnung*, S. 144; SCHINDLER, *Entwicklung*, S. 27; HANGARTNER/KLEY, Rz. 1067; MÜLLER/WILDHABER, S. 114-115

¹⁸⁶² WILHELM, S. 59

¹⁸⁶³ WILDHABER, *Staatvertragsreferendum*, S. 202-206; MONNIER, S. 235; VILLIGER, *Referendum*, S. 800-801; WILHELM, S. 60 u. 63; THÜRER, *Bundesverfassung und Völkerrecht*, Rz. 31; WILDHABER, *Kompetenzordnung*, S. 145; SCHINDLER, *Entwicklung*, S. 27-28; ZELLWEGER, S. 288

Die neue Bundesverfassung behält diese Regelung bei ¹⁸⁶⁴. Es wird also weiterhin unterschieden nach Verträgen, welche vor der Ratifikation obligatorisch Volk und Ständen zur Abstimmung zu unterbreiten sind (Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV), und solchen, die dem fakultativen Referendum unterstehen auf Grund eines Referendumsbegehrens von Volk oder Ständen (Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV) oder auf Grund eines Beschlusses der Bundesversammlung (Abs. 2).

Im Zusammenhang mit der Reform der Volksrechte war ein weiterer Ausbau des Vertragsreferendums geplant. Dieses Vorhaben ist 1999 vorerst gescheitert (s. *infra*, n° 478).

474. *Gegenstand.*- Juristisch gesehen bildet der Bundesbeschluss, mit dem die Bundesversammlung den entsprechenden Vertrag genehmigt, Gegenstand des Vertragsreferendums. Vom Bundesrat ohne förmliche Genehmigung der Bundesversammlung abgeschlossene Verträge unterstehen somit von vorneherein nicht dem Referendum. Schliesst er kompetenzwidrig einen Vertrag ohne Genehmigung des Parlaments ab, verletzt er also gegebenenfalls auch das Referendumsrecht des Volkes und allenfalls der Stände (vgl. n° 479) ¹⁸⁶⁵.

475. *Typen. a) Obligatorisches Vertragsreferendum (Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV).*- Der Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit (im Stil von UNO oder NATO) oder zu supranationalen Gemeinschaften (nach Art der EU) ist Volk und Ständen zur Abstimmung zu unterbreiten. Solche Verträge greifen derart tief in die verfassungsrechtliche Struktur der Schweiz ein, dass es sich materiell um Akte der Verfassungsänderung handelt. Sie bedürfen somit der gleichen Legitimation wie die Verfassung selbst ¹⁸⁶⁶. Der bislang einzige Anwendungsfall des obligatorischen Vertragsreferendums bildet ein Bundesbeschluss über den Beitritt der Schweiz zur UNO. Er wurde am 16. März 1986 mit 1 591 150 gegen 511 713 Stimmen und von allen Kantonen deutlich verworfen (zum EWR vgl. sogleich n° 476) ¹⁸⁶⁷.

¹⁸⁶⁴ RHINOW, *Bundesverfassung*, S. 380; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1904; EPINEY, *Beziehungen*, Rz. 27; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 364, 366

¹⁸⁶⁵ WILHELM, S. 61; COTTIER/PANNATIER, SJK 384, S. 14; HANGARTNER/KLEY, Rz. 1085, 1089 u. 1159

¹⁸⁶⁶ WILDHABER, *Staatsvertragsreferendum*, S. 220-223; AUBERT, *Traité*, ad Nr. 1143-1144; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1259; WILDHABER, *Kompetenzordnung*, S. 147 (mit Nuance zur NATO, die der Selbstverteidigung, nicht der Sicherheit diene); WILHELM, S. 71-72 (ebenfalls mit Nuance: Ein NATO-Beitritt würde eine Aufgabe der Neutralität bedeuten und deshalb dem obligatorischen Verfassungsreferendum von Art. 140 Abs. 1 Bst. a BV unterstehen); GRISEL, *Initiative*, Nr. 753-754 (mit der gleichen Nuance wie WILHELM, der sich seinerseits auf die 1. Aufl. von GRISELS Werk stützte); IDEM, *Droits populaires*, Rz. 39; HANGARTNER/KLEY, Rz. 1066, 1137-1147

¹⁸⁶⁷ BBl 1986 II 98; vgl. MONNIER, S. 240-241; AUBERT, *ibid.*, ad Nr. 1148; HANGARTNER/KLEY, Rz. 1136; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *ibid.*, Rz. 1259; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1909

Dem formellen Beitritt gleichgestellt wäre eine gewichtige Änderung des Gründungsvertrags oder eine so intensive Beteiligung an der Organisation oder Gemeinschaft, dass sie faktisch einem Beitritt gleichkäme. Letzteres trifft weder für die UNO zu, obwohl die Schweiz Mitglied des Internationalen Gerichtshofs und zahlreicher Spezialorganisationen ist und sich laufend an ihren Aktionen beteiligt, noch für die NATO, auch wenn die Schweiz bei der Partnerschaft für den Frieden mitwirkt, noch für die EU, trotz der sektoriellen Abkommen, die sie mit ihr abgeschlossen hat¹⁸⁶⁸.

476. b) *Obligatorisches Vertragsreferendum durch Parlamentsbeschluss.*- Ein solches „fakultativ-obligatorisches“ Referendum war 1920 beim Beitritt zum Völkerbund¹⁸⁶⁹ und 1972 beim Abschluss des Freihandelsabkommens zwischen der Schweiz und der EWG¹⁸⁷⁰ durchgeführt worden. Beide Vorlagen wurden wie erwähnt angenommen¹⁸⁷¹. Beim Genehmigungsbeschluss des EWR-Vertrags vom 9. Oktober 1992, der am 6. Dezember 1992 mit 1 786 708 gegen 1 762 872 Stimmen und 16 gegen 7 Kantonen abgelehnt wurde¹⁸⁷², stellte sich die Frage nicht, ob er dem obligatorischen Vertragsreferendum unterstand, da er mit zwei Verfassungsänderungen (Art. 20 u. 21 ÜBBest. aBV) verbunden war. Der Bundesrat vertrat unter Berufung auf das Vorgehen beim Freihandelsabkommen mit der EWG – und in Übereinstimmung mit den Regierungen der anderen Beitrittskandidaten (n° 321) – die Meinung, der EWR sei zwar keine supranationale Gemeinschaft, aber Art. 89 Abs. 5 aBV (dem die heutige Bestimmung entspricht) sei auch nicht abschliessend, und der Bundesbeschluss sei wegen seiner überragenden politischen und wirtschaftlichen Bedeutung für die Schweiz dem obligatorischen Referendum von Volk und Ständen zu unterbreiten¹⁸⁷³. Tatsächlich ordnet Art. 89 aBV ebenso wenig wie Art. 140 BV die verfassungsgebende Gewalt der Bundesversammlung. Diese Bestimmungen beschränken daher durch ihr diesbezügliches Schweigen nicht die Befugnis der Bundesversammlung, einen Genehmigungsbeschluss in weiteren Fällen in der Form eines Verfassungsbeschlusses

¹⁸⁶⁸ WILDHABER, *Staatsvertragsreferendum*, S. 214-215; GRISEL, *Initiative*, Nr. 756; HANGARTNER/KLEY, Rz. 1148-1151

¹⁸⁶⁹ AS 36 651

¹⁸⁷⁰ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, vom 22. Juli 1972 (SR 0.632.401); BBl 1972 II 653, S. 735-738, 1034, 1973 I 81

¹⁸⁷¹ BBl 1920 III 800; BBl 1973 I 82

¹⁸⁷² BBl 1992 VI 56, 1993 I 168

¹⁸⁷³ vgl. BBl 1992 IV 538-542; AUBERT, *Traité*, Nr. 1148bis; COTTIER/PANNATIER, SJK 384, S. 13; GRISEL, *Verhältnis*, S. 440-442; IDEM, *Initiative*, Nr. 754-755; SCHINDLER, *Entwicklung*, S. 26 u. 29; HANGARTNER/KLEY, Rz. 1143; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1260; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1910; vgl. auch AUBERT, *ibid.*, Nr. 1146bis u. WILHELM, S. 72

zu treffen¹⁸⁷⁴. Die Bundesversammlung hat damit die Möglichkeit, wichtige aussenpolitische Entscheide demokratisch zu legitimieren¹⁸⁷⁵.

477. c) *Fakultatives Vertragsreferendum (Art. 141 Abs. 1 Bst. d).*- Völkerrechtliche Verträge, die unbefristet und unkündbar sind (Ziff. 1), den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsehen (Ziff. 2) oder eine multilaterale Rechtsvereinheitlichung herbeiführen (Ziff. 3), sind auf Verlangen von 50 000 Stimmberechtigten oder acht Kantonen dem Volk zur Abstimmung zu unterbreiten.

Dem Referendum über *unbefristete und unkündbare Verträge* unterstanden z.B. die UNO-Pakte von 1966¹⁸⁷⁶. Es wurde indes ebensowenig ergriffen wie bei den übrigen 17 Verträgen, die zwischen 1977 und 1999 abgeschlossen wurden und in diese Kategorie fallen¹⁸⁷⁷.

Der *Beitritt zu einer internationalen Organisation* gab bisher einzig zu einem Referendum Anlass, nämlich zum Beschluss zum Beitritt zu den Bretton-Woods-Institutionen¹⁸⁷⁸; der Bundesbeschluss wurde 1992 angenommen¹⁸⁷⁹. Ein faktischer Beitritt oder substantielle Satzungsänderungen wären nach Ziff. 2 ebenso dem Referendum zu unterstellen (vgl. n° 475 *in fine*). Zwischen 1977 und 1999 wurden 22 Verträge dieser Kategorie abgeschlossen.

Das sind ebenso viele wie in der Kategorie *multilaterale Rechtsvereinheitlichung*. Beispiele bilden das Protokoll Nr. 6 zur EMRK, vom 28. April 1983¹⁸⁸⁰, das LugUe¹⁸⁸¹ und die sieben sektoriellen Abkommen mit der EU von 1999 (Forschungsabkommen, Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, über technische Handelshemmnisse, Agrarabkommen, Abkommen über den Luftverkehr,

¹⁸⁷⁴ AUBERT, *ibid.*, Nr. 1146bis; ebenso *ad* Nr. 1115 (1982); GRISEL, *Initiative*, Nr. 758; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *ibid.*, Rz. 1257; HANGARTNER/KLEY, Rz. 1098, 1156-1158; RHINOW, *Bundesverfassung*, S. 381; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 364. – MONNIER (S. 242) denkt dagegen, dass dies das Gleichgewicht zwischen den Rechten von Volk und Ständen einerseits und der aussenpolitischen Handlungsfreiheit und Glaubwürdigkeit des Bundesrats andererseits durcheinanderbringen würde. Die Referendumsdrohung dürfte jedoch die aussenpolitische Stellung der Regierung eher stärken; vgl. Fn. 1836 u. 1854

¹⁸⁷⁵ WILDHABER, *Staatsvertragsreferendum*, S. 224; SCHINDLER, *Entwicklung*, S. 26; dagegen hält RAIMUND E. GERMANN aus ungenannten Gründen das obligatorische Referendum beim EWR für verfassungswidrig; s. IDEM, *Démocratie directe et populisme gouvernemental*, in: Delley, S. 96

¹⁸⁷⁶ Beschlüsse vom 13. Dezember 1991 (BBl 1991 1104, 1105)

¹⁸⁷⁷ WILDHABER, *Staatsvertragsreferendum*, S. 211-212; VILLIGER, *Referendum*, S. 802-803; AUBERT, *Traité*, *ad* Nr. 1143-1144; HANGARTNER/KLEY, Rz. 1102-1109; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1257; vgl. GRISEL, *Droits populaires*, Rz. 57

¹⁸⁷⁸ Bundesbeschluss vom 4. Oktober 1991 (BBl 1991 III 1596). Diese Institutionen hatten die Räte auch im Sinn, als sie die entsprechende Bestimmung beschlossen; MONNIER, S. 237

¹⁸⁷⁹ BBl 1992 V 453

¹⁸⁸⁰ SR 0.101.06

¹⁸⁸¹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1257

über den Landverkehr und über den freien Personenverkehr¹⁸⁸²). Der Beschluss über die Genehmigung der sektoriellen Abkommen¹⁸⁸³ wurde 2000 angenommen¹⁸⁸⁴. Dem Referendum sind nach der grosszügigen Praxis der Bundesversammlung schon Verträge unterstellt, welche zur Vereinheitlichung einer einzigen direkt anwendbaren Rechtsnorm führen. Es soll verhindert werden, dass referendumspflichtiges Landesrecht durch nicht referendumspflichtiges Vertragsrecht unterlaufen und dem Entscheidungsrecht des Volkes entzogen wird¹⁸⁸⁵. Nicht direkt anwendbare Abkommen fallen dagegen nicht darunter, weil deren Umsetzung in Landesrecht dem Gesetzesreferendum unterworfen ist und die Ratifikation bis zum Ablauf der Referendumsfrist aufgeschoben werden kann¹⁸⁸⁶. So wurden die UNO-Pakte nur wegen ihrer Unkündbarkeit dem Referendum unterstellt, während etwa die Rassendiskriminierungs- oder die Kinderrechtskonvention der UNO¹⁸⁸⁷ gar nicht dem Volk unterbreitet wurden¹⁸⁸⁸. Wie diese Beispiele zeigen, wird mit der Ratifikation nicht immer zugewartet, bis die landesrechtliche Umsetzung vorliegt. Da aber auch Non-self-executing-Abkommen den Staat völkerrechtlich binden, ist das Parlament nach der Ratifikation nicht mehr frei, ob es eine Umsetzung vornehmen will oder nicht¹⁸⁸⁹. Es ist daher nicht sinnvoll, erst die Ausführungsgesetzgebung, nicht aber die Grundentscheidung zu einer bestimmten Regelung dem Referendum zu unterstellen. Zudem ist die Abgrenzung von direkt und nicht direkt anwendbaren Verträgen schwierig. Und schliesslich können wie erwähnt auch nicht direkt anwendbare Bestimmungen unter gewissen Bedingungen justiziabel werden (n° 401). Das Gesetzesreferendum ist daher kein Ersatz für ein Vertragsreferendum über Non-self-executing-Verträge¹⁸⁹⁰.

¹⁸⁸² s. BBl 1999 6489, 6504, 6551, 6633, 6948, 6971 u. 7027; vgl. dazu die Botschaft über die Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, vom 23. Juni 1999, BBl 1999 6128; vgl. JAAG, *Beziehungen*, S. 228-229, m. w. Hinw.

¹⁸⁸³ Bundesbeschluss vom 8. Oktober 1999 (BBl 1999 8633)

¹⁸⁸⁴ BBl 2000 3773

¹⁸⁸⁵ VILLIGER, *Referendum*, S. 807-808, 809; AUBERT, *Traité*, ad Nr. 1143-1144; SCHINDLER, *Entwicklung*, S. 29; HANGARTNER/KLEY, Rz. 1125-1126; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. Ibid., Rz. 1257; ZELLWEGER, S. 290 u. 292. – Der Bundesrat hatte zuerst eine restriktivere Sicht, vgl. WILHELM, S. 65-70

¹⁸⁸⁶ WILDHABER, *Staatsvertragsreferendum*, S. 217; MONNIER, S. 238; WILHELM, S. 65; WILDHABER, *Kompetenzordnung*, S. 146; GRISEL, *Verhältnis*, S. 441; HANGARTNER/KLEY, Rz. 1127; ZELLWEGER, S. 291

¹⁸⁸⁷ Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, vom 21. Dezember 1965 (SR 0.104); Übereinkommen über die Rechte des Kindes, 20. November 1989 (SR 0.107)

¹⁸⁸⁸ Vgl. ZELLWEGER, S. 34, 38, 348-349; COTTIER/WÜGER/ZELLWEGER, *Angleichung*, S. 27, u. *Synthesebericht*, S. 18-20; der UNO-Pakt II ist allerdings auch direkt anwendbar.

¹⁸⁸⁹ WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 100-104; IDEM, *Staatsvertragsreferendum*, S. 218-219; EHRENZELLER, *Aussenpolitik*

¹⁸⁹⁰ HANGARTNER/KLEY, Rz. 1128; SCHINDLER, *Entwicklung*, S. 30; EHRENZELLER, *Volksrechte*, S. 119. Vgl. auch HOFFMANN, S. 461 (das demokratische Prinzip ist vor Abschluss der Verträge zu beachten,

478. *Reformvorschläge.*- Die Nichtunterstellung der nicht direkt anwendbaren Verträge unter das fakultative Vertragsreferendum erschien auch dem Bundesrat als unbefriedigend. Zwar bestünde die Möglichkeit des Referendums durch Parlamentsbeschluss (s. sogleich, n° 479). Doch das Parlament hat Hemmungen, einen Präzedenzfall zu schaffen, der auch für weitere Abkommen angerufen würde. Um alle wichtigen Abkommen zu erfassen und damit die demokratische Legitimation der völkerrechtlichen Verträge sicherzustellen, schlug der Bundesrat deshalb in der Vorlage zur Reform der Volksrechte vor, auch Non-self-executing-Abkommen dem fakultativen Vertragsreferendum zu unterstellen, deren Umsetzungsakte Rechte oder Pflichten Privater begründen (Art. 131b Abs. 1 Bst. d). Die Umsetzungsakte wollte er in den Genehmigungsbeschluss aufnehmen können, damit die innerstaatliche Verwirklichung der Non-self-executing-Verträge nicht durch Referenden gegen die ausführenden Gesetze oder Bundesbeschlüsse behindert würde (Art. 131c)¹⁸⁹¹. In der Lehre wurden diese Vorschläge mehrheitlich begrüsst¹⁸⁹². Es ist von dieser Seite aber auch – wie in Frankreich, vgl. n° 190 – empfohlen worden, anstelle der multilateralen Rechtsvereinheitlichung und ungeachtet des Self- oder Non-self-executing-Charakters darauf abzustellen, ob internationale Abkommen grundlegende Rechte oder Pflichten Privater begründen oder deren Rechte wesentlich einschränken¹⁸⁹³, oder alle Materien, die landesrechtlich in Gesetzesform zu regeln wären, dem Vertragsreferendum zu unterstellen und so eine Parallelität der innen- und aussenpolitischen Kompetenzen herzustellen¹⁸⁹⁴. Letzteres ist in den Räten schon 1872 bei den Beratungen zu einer Totalrevision der Verfassung von 1848 vorgeschlagen worden. Die Räte verwarfen aber den Vorschlag, weil sie eine Beeinträchtigung der Vertragsfähigkeit der Schweiz befürchteten. Tatsächlich war gemäss dem am 1. Januar 2000 aufgehobenen Art. 5 GVG¹⁸⁹⁵ jeder generell-abstrakte, unbefristete Rechtssatz in die Form des Gesetzes zu kleiden, so dass praktisch alle Abkommen dem Referendum unterstanden hätten¹⁸⁹⁶. Mit der Abwendung von einem rein formalen Gesetzesbegriff und der Berücksichti-

darf danach aber nicht zum Rechtsbruch – d.h. zur Nichtanwendung des Vertrags bei entgegenstehendem Landesrecht – missbraucht werden; vgl. Fn. 1315).

¹⁸⁹¹ BBl 1997 I 470-472, 475-476; Bundesrat ARNOLD KOLLER, *Demokratie*, S. 17, 19-22, u. *Verfassungsreform*, S. 10, 13; AUBERT, *Réforme*, S. 1001, u. *Révision*, S. 111-112; vgl. THÜRER, *Rule of Law*, S. 476

¹⁸⁹² KÄLIN, *Spannungsverhältnis, in fine*; SCHINDLER, *Entwicklung*, S. 31; HANGARTNER/KLEY, Rz. 1101; EHRENZELLER, *Volksrechte*, S. 119-121, vgl. auch S. 124-129; IDEM, *Aussenpolitik*. Ablehnend gegenüber einem Ausbau der Volksrechte RHINOW, *Volksrechte*, S. 96-101, u. MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 85-87, da sie eine Lähmung der Aussenpolitik befürchten.

¹⁸⁹³ ZELLWEGER, S. 348, 293-303; COTTIER/WÜGER/ZELLWEGER, *Angleichung*, S. 27, u. *Synthesebericht*, S. 19; COTTIER, *Synthesen*, S. 15-16

¹⁸⁹⁴ GRISEL, *Verhältnis*, S. 447-449; ZELLWEGER, S. 34-35; vgl. MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 82-87; EHRENZELLER, *Volksrechte*, S. 119

¹⁸⁹⁵ AS 2000 273

¹⁸⁹⁶ s. die Hinweise bei SCHINDLER, *Entwicklung*, S. 22-23; ZELLWEGER, S. 282-283

gung der Wichtigkeit der Regelung (Art. 164 BV) wäre eine Parallelisierung der innen- und aussenpolitischen Kompetenzen nun zwar weniger lähmend¹⁸⁹⁷. Ob allerdings damit die wichtigen Verträge zuverlässiger als bisher dem Referendum unterstünden, läge angesichts der Offenheit der vorgeschlagenen Kriterien weitgehend im Ermessen der Bundesversammlung. Es ist damit fraglich, ob sich am *status quo* etwas ändern würde. Jedenfalls sind die Vorschläge des Bundesrates mit dem Nichteintretensbeschluss der Bundesversammlung einstweilen hinfällig geworden¹⁸⁹⁸.

Die Bundesversammlung könnte aber vom Wortlaut und der Entstehung der Bestimmung her durchaus auch nicht direkt anwendbare Verträge, die eine multilaterale Rechtsvereinheitlichung herbeiführen, dem fakultativen Referendum unterstellen, um so die berechtigte Forderung nach einer Unterstellung aller wichtigen Verträge unter das Referendum zu erfüllen¹⁸⁹⁹. Dies wäre insbesondere auch angebracht bei Verträgen, welche die allmähliche Entwicklung der Gesetzgebung in eine bestimmte Richtung verlangen. Hier rechtfertigt sich die Unterstellung unter das Vertragsreferendum nicht nur deshalb, weil solche Abkommen eine Grundentscheidung vorwegnehmen, sondern weil sie bei Untätigkeit der gesetzgebenden Gewalt vom Gericht auch direkt angewendet werden könnten (n° 401).

Aber auch mit der Entwicklung einer entsprechenden Praxis der fakultativen Unterstellung unter das Referendum gemäss Art. 141 Abs. 2 BV könnten die Räte die direktdemokratische Legitimation wichtiger Verträge sicherstellen¹⁹⁰⁰. Von dieser Möglichkeit hat sie bisher nur ein einziges Mal Gebrauch gemacht, wie sogleich erläutert wird:

479. d) *Fakultatives Vertragsreferendum durch Parlamentsbeschluss (Art. 141 Abs. 2).*- Die Bundesversammlung kann weitere Verträge dem fakultativen Referendum unterstellen. Dies erlaubt es ihr, politisch bedeutsame Abkommen, welche sonst nicht referendumsfähig wären, dennoch dem Volk zu unterbreiten. Welche Verträge politisch bedeutsam sind, ist von Fall zu Fall abzuklären¹⁹⁰¹. Gedacht war z.B. an weitreichende

¹⁸⁹⁷ vgl. ZELLWEGER, S. 283

¹⁸⁹⁸ Amtl. Bull. NR 1999, S. 1021-1028, StR 1999, S. 609-610. Angenommen wurde hingegen eine parlamentarische Initiative zur Beseitigung von Mängeln der Volksrechte, s. Amtl. Bull. StR 1999, S. 611-612

¹⁸⁹⁹ Immerhin vertrat auch der Berichterstatter der Ständerätlichen Kommission LUDER die Ansicht, nicht direkt anwendbare Verträge könnten referendumspflichtig sein; Sten. Bull. StR 1976, S. 498; s. auch die Voten von Ständerat HEFTI, Amtl. Bull. StR 1976, S. 499, und Nationalrat BARCHI, Sten. Bull. NR 1975, S. 1080; ablehnend dagegen Bundesrat GRABER, Amtl. Bull. StR 1976, S. 499; vgl. WILDHABER, *Staatsvertragsreferendum*, S. 217-218; VILLIGER, *Referendum*, S. 802 u. 806

¹⁹⁰⁰ vgl. Bundesrat ARNOLD KOLLER, *Demokratie*, S. 22-23; Ständerätin VRENI SPOERRY, *Welche Volksrechte für die Zukunft? Handlungsbedarf angesichts neuer Herausforderungen*, NZZ Nr. 39 vom 17. Februar 1998, S. 15

¹⁹⁰¹ WILDHABER, *Staatsvertragsreferendum*, S. 218-220; HANGARTNER/KLEY, Rz. 1131-1133; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1906; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 366

Rechtsvereinheitlichungen mit nicht unmittelbar anwendbaren Normen (etwa die Europäische Sozialcharta oder der EFTA-Vertrag) ¹⁹⁰². Der Bundesrat wollte dieses Referendum nur unter der Bedingung zulassen, dass ihm die Mehrheit aller Mitglieder beider Räte zustimmen, doch diese – obwohl sie die Referendumsmöglichkeit um zwei Fälle erweitert hatten – folgten ihm nicht ¹⁹⁰³. Aber auch ohne dieses Erschwernis hat die Bundesversammlung von der Möglichkeit der fakultativen Unterstellung unter das Referendum bisher einzig 1980 bei zwei Abkommen mit der Internationalen Entwicklungshilfeorganisation (IDA) über die Umwandlung zweier Darlehen in Schenkungen Gebrauch gemacht ¹⁹⁰⁴. Hier waren politische Opportunitätsüberlegungen massgebend, denn 1976 war ein langfristiger Darlehensvertrag (unter der alten Regelung) in der Volksabstimmung verworfen worden, so dass eine Nichtunterstellung unter das Referendum als Umgehung des Volkswillens hätte aufgefasst werden können ¹⁹⁰⁵. Das Referendum wurde nicht ergriffen ¹⁹⁰⁶. Dass es bisher bei diesem einzigen Mal blieb, liegt wohl daran, dass die Räte die drei übrigen Kategorien des fakultativen Referendums extensiver als ursprünglich gedacht auslegten ¹⁹⁰⁷.

Da der Genehmigungsbeschluss des Parlaments Gegenstand des Vertragsreferendums bildet, sind diesem in der Praxis die vom Bundesrat selbständig abgeschlossenen Verträge entzogen (n° 474) ¹⁹⁰⁸. Nach dem klaren Verfassungswortlaut könnte die Bundesversammlung aber auch die *accords en forme simplifiée* dem Referendum unterstellen, indem sie einen diesbezüglichen Bundesbeschluss fasste ¹⁹⁰⁹. Bei ablehnendem Abstimmungsausgang wäre der Bundesrat gehalten, den Vertrag zu kündigen.

480. *Die Volksinitiative (Art. 192-195 BV).* – Während das fakultative Vertragsreferendum seit 1977 wie erwähnt (n° 477) nur ein einziges Mal ergriffen wurde, sind mehrere Initiativen mit aussenpolitischer Stossrichtung eingereicht worden ¹⁹¹⁰. Dass man mit der Volksinitiative auch Aussenpolitik machen kann, hat insbesondere das Beispiel der Alpeninitiative gezeigt; vgl. n° 369-372. Und die Volksinitiative „Ja zu Europa!“, die die sofortige Aufnahme von Beitrittsverhandlungen

¹⁹⁰² WILDHABER, *Kompetenzordnung*, S. 147

¹⁹⁰³ vgl. BBl 1974 II 1163- 11644, 1176; MONNIER, S. 240

¹⁹⁰⁴ Bundesbeschluss vom 10. Oktober 1980, BBl 1980 III 697

¹⁹⁰⁵ WILDHABER, *Staatsvertragsreferendum*, S. 209-211, u. *Kompetenzordnung*, S. 147; VILLIGER, *Referendum*, S. 808; AUBERT, *Traité, ad* Nr. 1149

¹⁹⁰⁶ AUBERT, *Traité, ad* Nr. 1143-1144; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1257

¹⁹⁰⁷ WILDHABER, *ibid.*; WILHELM, S. 70; SCHINDLER, *Entwicklung*, S. 29; HANGARTNER/KLEY, Rz. 1134

¹⁹⁰⁸ vgl. WILHELM, S. 61

¹⁹⁰⁹ VILLIGER, *Referendum*, S. 808-809

¹⁹¹⁰ vgl. JACOT-GUILLARMOD, *Primauté*, S. 416-417; GRISEL, *Verhältnis*, S. 442-443; SCHINDLER, *Entwicklung*, S. 34; vgl. AUBERT, *Etendre*, S. 106-107; EHRENZELLER, *Volksrechte*, S. 114-115

gen mit der EU forderte, wurde zwar deutlich verworfen (s. n° 349 *in fine*), doch legte der Bundesrat am 27. Januar 1999 einen indirekten Gegenvorschlag vor, wonach am EU-Beitritt festgehalten wird, aber der Bundesrat den Zeitpunkt des Beitritts gesuchs selbst bestimmen kann ¹⁹¹¹. Am 3. März 2002 ist die Volksinitiative „für den Beitritt der Schweiz zur Organisation der Vereinten Nationen (UNO)“ angenommen worden (n° 349 *in fine*). Sie wurde von Bundesrat und Bundesversammlung ohne Gegenvorschlag zur Annahme empfohlen, was erst fünf Mal vorgekommen ist (vgl. n° 473). Angesichts der gestiegenen Bedeutung des internationalen Rechts dürften Volksinitiativen mit aussenpolitischer Stossrichtung zunehmen ¹⁹¹².

481. *Das Verfassungs- und Gesetzesreferendum (Art. 140 Abs. 1 Bst. a, Art. 141 Abs. 1 Bst. a BV).* – Da Aussen- und Innenpolitik immer stärker zusammenhängen, haben auch „interne“ Gesetze oft aussenpolitische Bezüge. Gegen viele solcher Gesetze wurde in den letzten Jahren das Referendum ergriffen, so gegen die Eisenbahn-Alpentransversale (1992 angenommen) ¹⁹¹³, Schweizer Blauhelme für friedenserhaltende Operationen (1994 abgelehnt) ¹⁹¹⁴, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht (1994 angenommen) ¹⁹¹⁵, eine Änderung der Lex Friedrich (1995 abgelehnt) ¹⁹¹⁶, die Leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe (1998 angenommen) ¹⁹¹⁷, dringliche Massnahmen im Asyl- und Ausländerbereich ¹⁹¹⁸, das Asylgesetz ¹⁹¹⁹ (beide 1999 angenommen) und gegen die Änderung des Militärgesetzes (2001 angenommen) ¹⁹²⁰. Auch einzelne von der Bundesversammlung angenommene Verfassungsvorlagen betrafen aussenpolitische Aspekte, so die erleichterte Einbürgerung junger Ausländerinnen und Ausländer (1994 abgelehnt) ¹⁹²¹ und die Finanzierung des öffentlichen Verkehrs (1998 angenommen) ¹⁹²².

¹⁹¹¹ BBl 1999 3830. – COTTIER/GERMANN, Rz. 27; vgl. COTTIER/WÜGER, S. 269-270; vgl. auch SCHINDLER, *Entwicklung*, S. 23-24, zur Petition zum Gotthardvertrag

¹⁹¹² EHRENZELLER, *Aussenpolitik*; COTTIER/WÜGER, S. 269-270

¹⁹¹³ BBl 1990 II 1075 (Botschaft); 1991 III 1596 (Beschluss Parlament); 1992 VI 443 (Abstimmungsergebnis)

¹⁹¹⁴ BBl 1992 V 1141 (Botschaft), 1993 II 897 (Beschluss Parlament); 1994 III 1251 (Abstimmungsergebnis)

¹⁹¹⁵ BBl 1994 I 305 (Botschaft); 1994 II 279 (Beschluss Parlament); 1995 I 278 (Abstimmungsergebnis)

¹⁹¹⁶ BBl 1994 II 509 (Botschaft); 1994 III 1837 (Beschluss Parlament); 1995 III 1216 (Abstimmungsergebnis)

¹⁹¹⁷ BBl 1996 V 521 (Botschaft); 1997 IV 1614 (Beschluss Parlament); 1998 5529 (Abstimmungsergebnis)

¹⁹¹⁸ BBl 1998 3225 (Botschaft); 1998 3593 (Beschluss Parlament); 1999 7293 (Abstimmungsergebnis)

¹⁹¹⁹ BBl 1996 II 1 (Botschaft); 1998 3525 (Beschluss Parlament); 1999 7293 (Abstimmungsergebnis)

¹⁹²⁰ BBl 2000 477; 2000 5144; 2001 4660

¹⁹²¹ BBl 1992 VI 545; 1993 IV 564; 1994 III 1251

¹⁹²² BBl 1996 IV 638; 1998 1421; 1999 1092. – Vgl. SCHINDLER, *Interdependenz*, S. 289, u. *Entwicklung*, S. 19, 34-35; EHRENZELLER, *Volksrechte*, S. 114-115.

d) Die Kompetenzen des Bundesgerichts

482. *Innerstaatliche Verwirklichung des Völkerrechts.*- Durch die Anwendung des Völkerrechts trägt das Bundesgericht ebenso wie die übrigen Gerichte und rechtsanwendenden Behörden zu dessen effektiver Durchsetzung und Weiterentwicklung bei (vgl. n° 16) ¹⁹²³. Jüngerer, justiziables Verfassungsrecht, bislang auch bewusst völkerwidrige Gesetze, sofern keine Menschenrechte betroffen sind, erstinstanzliche Verfügungen des Bundesrates (ausser im Bereich des Personalwesens) und allgemein Verfügungen auf dem Gebiete der auswärtigen Angelegenheiten sind indes grundsätzlich von einer Aufhebung durch das Bundesgericht geschützt; s. *supra*, n° 380-382.

483. *Kontrolle der Kompetenzverteilung Bund-Kantone.*- Das Bundesgericht beurteilt auf staatsrechtliche Klage hin als einzige Instanz öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen (Art. 189 Abs. 1 Bst. d BV, Art. 83 Bst. a OG) ¹⁹²⁴. Der Schutz der bundesstaatlichen Kompetenzordnung ist aber unvollkommen, da auch unter Nichteinhaltung der Mitwirkungsrechte der Kantone zu Stande gekommenes Völkerrecht und kompetenzwidrige Bundesgesetze für die rechtsanwendenden Behörden massgebend sind (Art. 191 BV). Wenn die Bundesversammlung ein Ausführungsgesetz zu einem völkerrechtlichen Vertrag im Kompetenzbereich der Kantone erlässt (s. n° 451), steht diesen kein Rechtsmittel offen. Die Verordnungen und Beschlüsse der Bundesversammlung, des Bundesrates und anderer Bundesbehörden können dagegen vom Bundesgericht aufgehoben werden ¹⁹²⁵. Und der Bund kann natürlich ohne weiteres ein kompetenzwidriges kantonales Gesetz aufheben lassen. So klagte der Bundesrat 1938 gegen Basel-Stadt, aufgeschreckt durch eine dort eingereichte Volksinitiative, welche ein Verbot nationalsozialistischer und faschistischer Parteien im Kanton forderte. Er beantragte beim Bundesgericht, es möge feststellen, dass der Kanton Basel-Stadt nicht zuständig sei zum Erlass eines solchen Gesetzes. Das Bundesgericht hiess die Klage gut und wies die Basler Behörden an, von der Volksabstimmung abzusehen, da die Initiative die auswärtigen Angelegenheiten der Schweiz berühre, welche im ausschliesslichen Zuständigkeitsbereich des Bundes seien ¹⁹²⁶. Das Bundesgericht beurteilt auf verwaltungsrechtliche Klage hin auch die Verletzung der Mitwirkungsrechte der Kantone, s. n° 453.

¹⁹²³ vgl. THÜRER, *Verfassungsrecht*, Rz. 53-57

¹⁹²⁴ s. AUBERT, *Traité*, Nr. 1620-1634; HALLER, *Art. 113*, Rz. 11-26; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 2090-2099; HÄFELIN/HALLER, Rz. 2049-2055; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 531

¹⁹²⁵ HÄFELIN/HALLER, Rz. 2056-2058, 2086-2099

¹⁹²⁶ BGE 65 I 106, *Schweizerische Eidgenossenschaft c. Kanton Basel-Stadt*, vom 23. Juni 1939

484. *Keine Zuständigkeit bei Kompetenzstreitigkeiten zwischen Bundesbehörden und der Ungültigerklärung von Volksinitiativen ...*- Über Zuständigkeitskonflikte zwischen den obersten Bundesbehörden entscheidet dagegen die Bundesversammlung (*supra*, n° 471).

Die Bundesversammlung beurteilt auch, ob eine Verfassungsinitiative wegen Verstoss gegen zwingendes Völkerrecht ungültig zu erklären ist (*supra*, n° 470).

485. *... aber ausnahmsweise Nichtigerklärung des kompetenzwidrig abgeschlossenen Vertrags.*- Unter den Voraussetzungen von Art. 46 WVÜ ist ein kompetenzwidrig abgeschlossener völkerrechtlicher Vertrag nichtig, was das Bundesgericht im Anwendungsfall feststellen kann (*supra*, n° 389-390; vgl. auch n° 461): Es ist durch Art. 191 nur an gültige völkerrechtliche Verträge gebunden.

486. *Reformvorschläge: Verfassungsgerichtsbarkeit über Bundesgesetze und Volksinitiativen.*- In der Vorlage zur Reform der Justiz schlug der Bundesrat die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber *Bundesgesetzen* vor (Art. 178)¹⁹²⁷. Das Bundesgericht hätte danach im konkreten Anwendungsfall einem verfassungs- oder völkerrechtswidrigen Bundesgesetz die Anwendung versagen können. Bundesgesetze hätten zudem nicht wie bis anhin nach dem System der diffusen Normenkontrolle von einem Bezirksgericht oder einer Verwaltungsbehörde wegen Völkerrechtswidrigkeit nicht angewendet werden können. Diese Kompetenz wäre dem höchsten Gericht vorbehalten geblieben; untere Instanzen hätten das Verfahren unterbrechen und einen Entscheid des Bundesgerichts beantragen müssen (repressive, konzentrierte, konkrete Normenkontrolle). Die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit über Bundesgesetze sollte die einzelne Person vor einer Verletzung ihrer Grundrechte oder direkt anwendbaren Völkerrechts durch die Bundesversammlung schützen, aber auch die Kantone vor Kompetenzverletzungen durch den Bund. Das Fehlen einer nationalen Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen war insbesondere seit dem Inkrafttreten der EMRK als fragwürdig erschienen. Da vor dem Bundesgericht gegen verfassungswidrige Gesetze nichts auszurichten war, „*trat somit*“, wie der Bundesrat in der Botschaft über eine neue Bundesverfassung ausführte, „*die paradoxe Situation ein, dass die Strassburger Instanzen über eine grössere Beurteilungsbefugnis verfügten als das Bundesgericht mit der Konsequenz, dass unser oberstes*

¹⁹²⁷ s. die Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 508-514 u. 532-535; HANGARTNER, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 1013-1020; WALTER KÄLIN, *Justizreform*, AJP 8/95, S. 1004-1006; AUBERT, *Réforme*, S. 1002, u. *Révision*, S. 107-109. – Vgl. SCHWEIZER, *Gerichte*, S. 730-736; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 642; kritisch MARTIN SCHUBARTH, *Die Zukunft des Bundesgerichts*, SJZ 1999, S. 65-68

*Gericht insoweit zur blossen Durchlaufinstanz degradiert wurde“*¹⁹²⁸. Vgl. die Lösung des Vereinigten Königreichs, n° 218.

In der Reformvorlage Volksrechte war ausserdem die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit über *Volksinitiativen* vorgesehen¹⁹²⁹. Nach dem vorgeschlagenen Art. 177a hätte die Bundesversammlung bei Zweifeln, ob eine Volksinitiative die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts (oder die Einheit der Form und Materie) einhalte, das Bundesgericht angerufen. Falls die Volksinitiative diese Bedingungen nicht erfüllt hätte, hätte das Bundesgericht sie ganz oder teilweise für ungültig erklärt. Der Entscheid wäre für die Bundesversammlung bindend gewesen. Für Volksinitiativen hätte also wegen der politischen Tragweite der durch sie einzuführenden Bestimmungen eine präventive und abstrakte Normenkontrolle eingeführt werden sollen.

Beide Reformvorschläge sind einstweilen gescheitert. Das Bundesgericht hat indessen inzwischen die Verfassungsgerichtsbarkeit auf dem Wege der Rechtsprechung eingeführt, soweit es sich um in der EMRK garantierte Rechte handelt (s. *supra*, n° 426-427): Es wollte wohl nicht mehr weiter „blosse Durchlaufinstanz“ sein.

C. Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung

487. *Spannung zwischen Bundesstaatlichkeit, demokratischer Legitimation und Effizienz.* - Die zunehmende Bedeutung des Völkerrechts in Folge der intensivierten und zunehmend verrechtlichten Beziehungen zwischen den Staaten führen auch in der Schweiz zu wesentlichen Veränderungen im Gewaltengefüge, ohne dass dies in der BV sichtbar wird¹⁹³⁰: Völkerrechtliche Verträge greifen zunehmend in den Kompetenzbereich der *Kantone* ein; *Bundesrat und Bundesverwaltung*, die die Aussenpolitik professioneller, flexibler, diskreter – kurz: effizienter gestalten und führen können, gewinnen zu Lasten der Bundesversammlung zunehmend an Einfluss. Der Handlungsspielraum des *Parlaments* wird dabei nicht nur – wie in der BV vorgesehen – durch die völkerrechtlichen Normen eingeschränkt. Auch unabhängig von rechtlichen Pflichten führt der zwischenstaatliche Wettbewerb zu einem Anpassungsdruck an internationale Entwicklungen. Ein besonders schlagendes Beispiel für die zunehmende Interdepen-

¹⁹²⁸ Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 508

¹⁹²⁹ s. *ibid.*, S. 482-485; vgl. HANGARTNER, *ibid.*, S. 1020-1022; AUBERT, *Réforme*, S. 994 u. 1001-1002

¹⁹³⁰ vgl. THÜRER, *Verfassungsstaat*, S. 283; TSCHANNEN, Nr. 458; COTTIER, *Globalisierung*, S. 229-231; COTTIER/WÜGER, S. 264-270; COTTIER, *Synthesen*, S. 4-5; COTTIER/GERMANN, Rz. 3-7; SCHINDLER, *Weg*, S. 1040; ABDERHALDEN, *Möglichkeiten*, S. 130; vgl. DIETRICH SCHINDLER, *Völkerrecht und Demokratie*, S. 618-620

denz bildet die Revision des Fernmeldegesetzes ¹⁹³¹: Es wurde durch die weltweiten Liberalisierungsbestrebungen im Fernmeldesektor notwendig und inhaltlich nach diesen ausgerichtet ¹⁹³². Ausserdem ist für die Schweiz der autonome Nachvollzug von EU-Vorschriften aus wirtschaftlichen Gründen wichtig (*infra*, n° 507). Die *Volksrechte* können durch die mangelnde Parallelität von Landes- und Völkerrechtsreferendum beeinträchtigt werden, und sie verlieren an Bedeutung, wenn über Vertragspakete abgestimmt wird, die zwar diplomatisch austariert sein mögen, aber den Grundsatz der Einheit der Materie nicht mehr respektieren ¹⁹³³. Das Bundesgericht – und wegen der diffusen Normenkontrolle mit ihm die *rechtsanwendenden Behörden* aller Stufen – gewinnen wegen des grundsätzlichen Vorrangs des Völkerrechts und des Prinzips der völkerrechtskonformen Auslegung an Gewicht. Das Gewicht der Judikative wird durch die Hierarchisierung des Völkerrechts verstärkt: « *Toute extension de l'idée de hiérarchie a, en effet, pour conséquence virtuelle d'accroître le pouvoir des tribunaux et la tendance est d'autant plus marquée que c'est à eux qu'en l'espèce il incombe de décider, d'abord, si une règle appartient bien au degré supérieur. De la même manière, c'est eux qui doivent dire si un accord est juridiquement contraignant. S'il ne l'est pas, c'est eux qui font, lorsqu'il y a lieu, l'application du principe de la bonne foi. C'est encore eux qui tirent parti des résolutions d'assemblées. (...) Bref, de quel côté que nous nous tournions, nous rencontrons des juges* », schrieb AUBERT 1989, der damit im völkerrechtlichen Bereich nur die landesrechtliche Entwicklung bestätigt sah: « *(S)i le dix-neuvième siècle était un siècle de législateurs, la fin du vingtième siècle est un temps pour les juges.*“ ¹⁹³⁴. Diese Feststellung gilt auch noch zu Beginn des 21. Jahrhunderts ¹⁹³⁵.nderts ¹⁹³⁶.

1. Einfluss der allgemeinen Regeln des Völkerrechts

488. *Kompetenzgewinn von Bund und Judikative.*- Der aussenpolitisch ungleich aktivere Bund vermag die allgemeinen Regeln des Völkerrechts stärker zu formen, und

¹⁹³¹ Fernmeldegesetz vom 30. April 1997, SR 784.10; ZELLWEGER, S. 275; vgl. COTTIER, *Globalisierung*, S. 227

¹⁹³² s. die Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz, vom 10. Juni 1996 (BBl 1996 III 1405, S. 1411); COTTIER/WÜGER, S. 247-254, m. w. Hinw. Vgl. auch SEILER, *Verfassung*, S. 295-296

¹⁹³³ vgl. MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 78-79

¹⁹³⁴ AUBERT, *Observations*, S. 38. – Vgl. auch MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 35; HANSJÖRG SEILER, *Praktische Fragen der parlamentarischen Obergewalt über die Justiz*, ZBl 2000, S. 290

¹⁹³⁵ vgl. THÜRER, *Verfassungsrecht*, Rz. 59 Pkt. 3

¹⁹³⁶ vgl. THÜRER, *Verfassungsrecht*, Rz. 59 Pkt. 3

zudem gehen diese dem kantonalen Recht, nicht aber dem Bundesrecht, stets vor (n° 489-491). Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts stärken im übrigen die Judikative (n° 492-493). Das Bundesgericht wurde im Urteil *A.* bereits gestützt auf die allgemeinen Regeln des Völkerrechts in Abweichung von einem Bundesgesetz rechtschöpferisch tätig und kontrollierte eine Entscheidung des Bundesrates. Dieses Urteil sollte aber nicht überbewertet werden – der Bundesrat hatte nichts gegen ein Eintreten des Bundesgerichts einzuwenden, und es hatte Einzelfallcharakter (n° 427).

a) Auf die Gewaltenteilung zwischen dem Bund und den Kantonen

489. *Die Dominanz des Bundes im Äusseren ...* - Gegen aussen treten die Kantone in viel geringerem Masse als der Bund in Erscheinung. Zum einen sind die auswärtigen Angelegenheiten Sache des Bundes (Art. 54 Abs. 1; s. n° 441): Einzig wenn wesentliche Interessen oder Zuständigkeiten der Kantone betroffen sind, wirken diese an der Vorbereitung aussenpolitischer Entscheide mit, insbesondere in den Bereichen Erziehung und Bildung, Gesundheit, Polizei und Raumplanung im Grenzbereich (n° 447). Ein gewisser kantonaler Einfluss fliesst zudem über die Vernehmlassungen ein (n° 448). Zweitens sind die Vertragsschlusskompetenzen der Kantone wenig bedeutend (n° 452). Und drittens können die Kantone nur mit untergeordneten ausländischen Behörden direkt verkehren, wenn man von den direkten Beziehungen St. Gallens und Graubündens mit dem Fürstentum Liechtenstein absieht (n° 452). Die Kantone vermögen somit verglichen mit den umfassenden Bundeskompetenzen nur wenig über externe Akte Einfluss auf das internationale Gewohnheitsrecht zu nehmen. Zum anderen gehen aus ihnen auch kaum interne Akte mit Einfluss auf das Gewohnheitsrecht hervor. Die meisten völkerrechtlich relevanten Angelegenheiten sind auf Bundesebene geregelt: die Nationalität¹⁹³⁷, die Ausländerpolitik¹⁹³⁸, die Enteignung¹⁹³⁹. Die Einflussnahme über die Initiative oder das Referendum ist praktisch inexistent. Grösser mag einzig der Einfluss bei Verfassungsänderungen sein (n° 449). Und natürlich haben die Entscheide der kantonalen Gerichte auf die Weiterentwicklung des internationalen Gewohnheitsrechts viel weniger Gewicht als die oberste Schweizer Instanz, das Bundesgericht (vgl. n° 16). In Bezug auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze

¹⁹³⁷ s. Art. 37 u. 38 BV und das sich darauf stützende Bundesgesetz über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts, vom 29. September 1952 (Bürgerrechtsgesetz, BüG; SR 141.0)

¹⁹³⁸ s. Art. 121 der BV und das sich hierauf stützende ANAG sowie das Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (AsylG; SR 142.31); vgl. auch den Bundesbeschluss vom 27. April 1972 betreffend die Genehmigung des Übereinkommens über die Rechtsstellung der Staatenlosen (SR 855.1)

¹⁹³⁹ s. Art. 26, 36 und 81 der BV, welche die Verfassungsgrundlage für das Bundesgesetz vom 20. Juni 1930 über die Enteignung (EntG; SR 711) sind

als Prinzipien der Gerechtigkeit oder juristischen Logik (n° 24) kann man dagegen kaum sagen, ein bestimmtes Staatsorgan beeinflusse deren Bildung besonders.

490. ... *verbunden mit dem Vorrang des Völkerrechts im Inneren* ...- Wie das gesamte Völkerrecht geniessen auch die allgemeinen Regeln des Völkerrechts der monistischen Tradition der Schweiz gemäss unmittelbare Geltung. Diese wird höchstens dadurch beeinträchtigt, dass die Gerichte ihnen nicht immer genügend Beachtung schenken, wenn die Parteien diese Normen nicht ausdrücklich geltend machen (s. n° 352 u. 356). Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts werden von den Behörden auch ohne weiteres direkt angewendet (n° 359). Und schliesslich gehen sie dem kantonalen Recht vor (n° 403), während jüngerer, justiziables Bundesverfassungsrecht sowie Bundesgesetze bei einem bewussten Verstoß landesrechtlich Anwendungsvorrang hätten (n° 362).s

491. ... *führt zu einem Kompetenzzuwachs des Bundes*.- Zusammengefasst ergibt sich, dass die allgemeinen Regeln des Völkerrechts vorwiegend vom Bund geformt werden können und dem kantonalen Recht – anders als dem Bundesrecht, n° 362 – immer vorgehen. Es sind somit vorwiegend die Kantone, die durch die allgemeinen Regeln des Völkerrechts in ihren Kompetenzen beeinträchtigt werden. Allerdings müssten die Kantone einer Änderung am föderalistischen Aufbau der Schweiz zustimmen (n° 443). Der effektive Einfluss der allgemeinen Regeln des Völkerrechts auf die Kompetenzen der Kantone ist aber weniger stark spürbar als derjenige der völkerrechtlichen Verträge. Der Ruf nach mehr aussenpolitischer Mitbestimmung der Kantone erging denn auch im Zusammenhang mit dem Vertragsrecht (n° 447).

b) Auf die Gewaltenteilung zwischen den Bundesorganen

492. *Am wenigsten Einfluss hat das Volk* ...- Auf der internationalen Bühne treten Bundesrat und Bundesverwaltung in Erscheinung, sieht man vom Einbezug kantonaler Vertreterinnen und Vertreter in manche Verhandlungsdelegationen ab (Art. 184 Abs. 1 BV; s. n° 456, 447). Sie sind damit am ehesten in der Lage, über diplomatische Noten, Erklärungen, die Mitwirkung an internationalen Konferenzen und in internationalen Organisationen sowie andere externe Akte auf die Entwicklung des internationalen Gewohnheitsrechts einzuwirken (vgl. n° 16). Die Mitwirkung der Bundesversammlung ist von ihrer Organisation her nur beschränkt möglich (n° 464). Auch wenn die Bundesversammlung letztlich über die Kompetenzverteilung entscheidet (n° 471), ist daher kaum zu befürchten, dass sie ihre Macht über Gebühr ausbaut. Und auch der parlamentarische Einfluss auf den Inhalt der völkerrechtlichen Verträge dürfte –

verglichen mit demjenigen des Bundesrates und dessen Verwaltungsapparat – weiterhin gering bleiben (n° 466). Über interne Akte sind dagegen vorwiegend das Parlament durch seine Verfassungs- und Gesetzgebungskompetenz (n° 469) und seine Zuständigkeit zur Ungültigerklärung von Volksinitiativen wegen Verstosses gegen zwingendes Völkerrecht (n° 470) sowie das Bundesgericht als oberstes Gericht der Schweiz (n° 482) an der Fortbildung des Gewohnheitsrechts beteiligt. In Bezug auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Prinzipien der Gerechtigkeit oder juristischen Logik (n° 24) lässt sich dagegen kaum sagen, ein bestimmtes Staatsorgan beeinflusse deren Bildung besonders. Somit sind Bundesrat, Parlament und Bundesgericht gleichermaßen an der Fortentwicklung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts beteiligt. Das Volk spielt demgegenüber eine unbedeutendere Rolle: Es ist einzig über Initiative und Referendum an völkerrechtsrelevanten Akten beteiligt (n° 472-481).

493. ... *am meisten gewinnt die Judikative*. - Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts stellen grundsätzlich weder für die Verfassungs- noch die Gesetzgebung eine Schranke dar, wenn die landesrechtliche Norm Ausdruck eines bewussten Verstosses ist, es sei denn sie gehörten zum *ius cogens*. Aber auch der Bundesrat kann insofern in der Wahrnehmung seiner aussenpolitischen Befugnisse gegen Völkerrecht verstossen (n° 362). Theoretisch sind soweit weder der Bundesrat noch die Bundesversammlung in ihren Kompetenzen eingeschränkt. Faktisch allerdings werden sie einen Verstoß wegen möglicher Sanktionen wenn immer möglich vermeiden. Die Schweiz ist keine Grossmacht wie die USA (vgl. n° 281), sondern ein Kleinstaat. Sie hat damit ein ungleich grösseres Interesse an der Einhaltung des Völkerrechts (n° 346). Jedenfalls aber dürfte das Bundesgericht einem völkerrechtswidrigen, jüngeren und justiziablen Verfassungsartikel den Anwendungsvorrang nicht versagen (n° 403).

Soweit aber kein bewusster Verstoß vorliegt, bilden die allgemeinen Regeln des Völkerrechts durchaus einen Normenpool, in dem die Gerichte – und alle rechtsanwendenden Behörden – Akte von Bundesrat und Bundesversammlung ertränken können. Zudem schöpfen sie aus ihm für eine völkerrechtskonforme Auslegung des Landesrechts (n° 361). Sie erweitern somit die Kompetenzen des Bundesgerichts – und aller rechtsanwendenden Behörden – gegenüber der Regierung und dem Parlament. Sobald aber aussenpolitische Fragen betroffen sind, übt sich das Bundesgericht in Zurückhaltung (n° 381), und aussenpolitische Entscheide des Bundesrates sind einer gerichtlichen Überprüfung entzogen (n° 380-382). Doch geht zwingendes Völkerrecht Landesrecht immer vor (n° 363). Damit verfügt das Bundesgericht über eine Autorität über die Akte von Bundesrat und Bundesversammlung, die in der Bundesverfassung nicht vorgesehen war.

Diese Autorität ist nicht unbedeutend. Denn welche Normen zwingend sind, sagt nicht die verfassungsgebende Gewalt, sondern in letzter Instanz das Bundesgericht. Und wie wir gesehen haben, geht es von einem weiteren *Ius-cogens*-Begriff aus als die

Völkerrechtslehre (n° 363). Zudem deutet die jüngere Rechtsprechung darauf hin, dass das Bundesgericht neben dem zwingenden Völkerrecht eine weitere Hierarchiestufe in die sonst flache Völkerrechtsordnung (n° 55) einzufügen scheint: Normen des Menschenrechtsschutzes gehen nach dem Entscheid *A. c. Schweizerischer Bundesrat* vom 26. Juli 1999 ebenfalls Bundesgesetzen vor (n° 427). In diesem Entscheid hat das Bundesgericht in Abweichung vom OG eine Beschwerdemöglichkeit gegen einen Bundesratsentscheid eingeführt. Er veranschaulicht, dass das Bundesgericht auf Grund der allgemeinen Regeln des Völkerrechts nicht nur Bundesgesetzen die Anwendung versagen, sondern auch rechtsschöpferisch tätig sein kann, auch wenn keine echte Lücke im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ZGB vorliegt (n° 428).

Hingegen kann das Parlament Volksinitiativen nur im Extremfall für ungültig erklären, nämlich wenn diese einen nicht wieder gut zu machenden Schaden verursachen würden (n° 375). Hier kann also nicht im Ernst von einer Verschiebung der Gewaltenteilung zwischen Bundesversammlung und Volk und Ständen die Rede sein ¹⁹⁴⁰.

2. Einfluss der völkerrechtlichen Verträge

494. *Kompetenzgewinn von Bundesrat und Bundesgericht.*- Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gesetzgebung nimmt ohne Frage stetig zu, auf Bundesebene stärker als auf kantonaler Ebene ¹⁹⁴¹. Die Entwicklung des Völkerrechts von einem Koexistenz- zu einem Kooperationsrecht führt zu einer zunehmenden Regelung innerstaatlich relevanter Bereiche mittels Staatsverträgen. Dies führt zu einem grösseren Gewicht des Bundesrates, der den grössten Einfluss auf die Entstehung und den Inhalt der Verträge ausübt, und des Bundesgerichts, das die innerstaatliche Durchsetzung kontrollieren und dadurch auch gestalten kann. Andererseits können solche völkerrechtlichen Verträge mit innenpolitischen Auswirkungen nicht ohne Rücksicht auf die innenpolitische Interessenlage geschlossen werden ¹⁹⁴². Der Einbezug des Parlaments wurde deshalb in der neuen BV ausdrücklich gestärkt. Wie stark es sich in der Praxis engagieren wird, muss sich noch zeigen; rechtlich kann es dies – wie schon unter der alten Verfassung – in höchstem Masse, doch faktisch sind seine Möglichkeiten beschränkt.

¹⁹⁴⁰ vgl. dagegen SCHINDLER (*Entwicklung*, S. 35-36), der konsultative Beteiligungsrechte für die Bürgerinnen und Bürger auf der internationalen Ebene zur Behebung des demokratischen Defizits fordert

¹⁹⁴¹ SCHINDLER, *Weg*, S. 1034-1035; STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 134-135; BÜHLER, S. 85

¹⁹⁴² COTTIER/WÜGER, S. 255; vgl. EHRENZELLER, *Legislative Gewalt*, S. 168

a) Auf die Gewaltenteilung zwischen dem Bund und den Kantonen

495. *Übermacht des Bundes, ...*- Die von den Kantonen abgeschlossenen Verträge dürfen nicht gegen Bundesrecht oder -interessen verstossen (n° 452). Dagegen kann der Bund auf Grund seiner rechtlich umfassenden Vertragsschlusskompetenz auch Gebiete regeln, die innerstaatlich gemäss der BV in der Zuständigkeit der Kantone wären (n° 439). Diese Verträge erlangen mit der Ratifikation innerstaatlich unmittelbare Geltung (n° 385). Verträge, welche einen schwerwiegenden Eingriff in die Zuständigkeiten der Kantone vornehmen, sind dem obligatorischen Referendum und damit dem Ständemehr unterstellt (n° 443, 449). Wenn dies nicht geschähe – was praktisch kaum denkbar ist – wäre ein solcher Vertrag trotzdem gültig. Einzig in Fällen, wo gemäss BV offensichtlich ein Referendum erforderlich ist (s. n° 390), wäre eine offenkundige Verletzung innerstaatlicher Rechtsvorschriften von grundlegender Bedeutung und damit Nichtigkeit gegeben (Art. 46 WVÜ).

Bei der Frage, ob die Normen eines Vertrages direkt anwendbar sind, berücksichtigt das Bundesgericht die horizontale Gewaltenteilung (n° 392) und die Rechte der Einzelnen (n° 393). Die Zurückhaltung des Bundes, in die Kompetenzen der Legislative einzugreifen (s. *infra*, n° 505), sei es die kantonale oder die des Bundes, schützt aber auch die Kantone vor Eingriffen in ihre Zuständigkeiten, wie z.B. der Entscheid „*Technikum Winterthur*“ (s. n° 399) gezeigt hat. Es spielt jedoch grundsätzlich keine Rolle, ob Verträge in kantonale Zuständigkeiten eingreifen oder nicht. Die Kompetenzwidrigkeit nach der innerstaatlichen vertikalen Gewaltenteilung steht der direkten Anwendbarkeit eines völkerrechtlichen Vertrags im Allgemeinen nicht entgegen. Eine andere Lösung ist nur in Extremfällen denkbar: Das Bundesgericht berücksichtigt bei der Beurteilung der direkten Anwendbarkeit eines Vertrags, ob dadurch wichtige Grundsätze des schweizerischen Landesrechts verletzt würden (n° 398). Dazu gehört der Föderalismus. Wenn der Bund mittels eines Vertrages, der nicht Volk und Ständen unterbreitet wurde, in schwerwiegender Weise in die kantonalen Kompetenzen einbrechen würde, z.B. diesen die Finanzhoheit entziehen würde (vgl. n° 443), könnte dies für das Bundesgericht ein Grund sein, dem Vertrag deshalb die Justiziabilität abzusprechen. Zum Vollzug wäre dann eine Verfassungsrevision nötig, um wenigstens nachträglich Volk und Stände einzubeziehen. Ein solches Vorgehen wäre im Sinne einer (nach Art. 46 WVÜ zweiten) Notbremse zu Gunsten der Kantone zwar verständlich, aber aus rechtlicher Sicht nicht gerechtfertigt (s. n° 390). Aus politischen Gründen dürfte ein solches Vorgehen des Bundes sowieso kaum vorkommen. – Und schliesslich geht eine Norm eines völkerrechtlichen Vertrags dem kantonalen Recht ohne weiteres vor (n° 403).

Zusammengefasst ergibt sich, dass die Kantone abgesehen von grössten Eingriffen Kompetenzverschiebungen mittels völkerrechtlicher Verträge des Bundes schutzlos ausgeliefert wären.

496. ... gemildert durch die *Courtoisie fédéraliste* und das Mitwirkungsrecht ...- Dafür, dass dem nicht so ist, sorgt zunächst einmal die *Courtoisie fédéraliste* (Art. 54 Abs. 3 BV; n° 440). Ausserdem muss der Bund wie oben (in n° 447) ausgeführt die Kantone informieren und in die Vertragsverhandlungen einbeziehen, wenn ihre Zuständigkeiten oder wesentliche Interessen (namentlich wichtige Vollzugsaufgaben, Art. 1 Abs. 2 BGMK) berührt werden (Art. 55 BV). In diesen Fällen äussern sich die Kantone nicht erst nach der Unterzeichnung des Vertrages im Rahmen der Vernehmlassung (n° 448), sondern sie haben zusätzlich schon vor der Aufnahme von Vertragsverhandlungen ein Anhörungsrecht (Art. 4 Abs. 2 BGMK), das die Berücksichtigung der Zuständigkeiten und Interessen der Kantone gewährleisten soll (Art. 2 BGMK). Der Bundesrat ist rechtlich durch die Stellungnahmen der Kantone zwar nicht gebunden. Er hat ihnen aber auf Grund der *Courtoisie fédéraliste*, die in Art. 4 Abs. 3 BGMK zum Ausdruck kommt, in Abwägung mit den aussenpolitischen Interessen des Bundes so weit als möglich Rechnung zu tragen und darf, wenn kantonale Zuständigkeiten betroffen sind, nur aus wichtigen Gründen von ihnen abzuweichen (s. n° 440 u. 447). Und aus innenpolitischen Gründen wird er sich auch ohne juristische Sanktionsmöglichkeiten so verhalten. Die Begründungspflicht des Bundesrates bei Abweichungen erhöht zudem den Druck zu einer kantonskonformen Verhandlungsführung.

Diese Mitwirkungsrechte geben den Kantonen somit einen gewissen Einfluss auf die sie berührenden Verträge. Wie gross letztlich ihr Einfluss ist, hängt neben der Praxis des Bundesrates auch davon ab, wie aktiv die Kantone die Aussenpolitik verfolgen und wie breit ihre Stellungnahmen kantonsintern abgestützt sind. Wenn die Mitwirkung hauptsächlich durch die kantonalen Exekutiven ausgeübt wird, vermag dies auch aus demokratischer Sicht nicht zu befriedigen; vgl. n° 448 u. 500.

Ohne praktische Bedeutung für die Mitwirkung sind das Initiativrecht der Kantone (n° 449) und der Einfluss via die Mitglieder des Bundesrates, der Bundesversammlung (n° 450) und – so ist anzufügen – des Bundesgerichts.

497. ... sowie ein Vetorecht bei besonders wichtigen Verträgen ...- Der Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit und supranationalen Gemeinschaften untersteht dem Ständemehr (Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV; s. n° 449). Bei Unterlassung des obligatorischen Vertragsreferendums wäre eine offensichtliche Verletzung innerstaatlicher Rechtsvorschriften von grundlegender Bedeutung und damit Nichtigkeit des Vertrags gegeben (Art. 46 WVÜ; n° 390). In der Praxis unterstellt die Bundesversammlung zudem weitere Verträge von grosser politischer und wirtschaftlicher Bedeutung dem obligatorischen Referendum (n° 476; vgl. aber n° 439). Die Kantone haben in diesen Fällen ein Vetorecht, das aber auch eine starke präventive Wirkung hat.

498. ... und die Vollzugskompetenz, ...- Vor dem Erlass von Art. 113 Abs. 3 aBV hatten die Kantone gelegentlich einem völkerrechtlichen Vertrag die Anwendung versagt mit der Begründung, der Bund sei zum Abschluss nicht zuständig gewesen ¹⁹⁴³. Dies ist nun nicht mehr möglich, es sei denn, die Voraussetzungen von Art. 46 WVÜ (offenkundige Verletzung einer innerstaatlichen Rechtsvorschrift von grundlegender Bedeutung) seien erfüllt (vgl. n° 390). Bei nicht direkt anwendbaren völkerrechtlichen Verträgen sind die Kantone aber immerhin selbst für die Vollzugsgesetzgebung in ihrem Kompetenzbereich zuständig (n° 451). In diesen Fällen dürfte ihnen meist ein gewisser Spielraum bleiben. Da das Bundesgericht bei der Frage der direkten Anwendbarkeit der Gewaltenteilung einen hohen Stellenwert beimisst, können sie bisweilen, wie der Entscheid „*Technikum Winterthur*“ (n° 399) zeigt, die Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen nicht nur durch Untätigkeit verhindern, sondern sogar neue Normen erlassen, welche diese klar verletzen ¹⁹⁴⁴.

ABDERHALDEN hat angenommen, den Kantonen drohten Einbussen ihrer Vollzugskompetenzen, falls sie keine einigermaßen einheitliche Umsetzung garantieren könnten. Um dies zu vermeiden, sei eine Zusammenarbeit der Kantone angezeigt ¹⁹⁴⁵. Doch eine Harmonisierung bringt keinen Gewinn an Föderalismus, selbst wenn sie freiwillig erfolgt. Die bestehende Lösung, wonach das Bundesgericht im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung von völkerrechtlichen Verträgen für eine gewisse Einheitlichkeit sorgt (Art. 189 Abs. 1 Bst. c BV; Art. 84 Abs. 1 Bst. c OG), indem es willkürliche Umsetzungen eines Vertrages aufheben kann, bringt eine grössere kantonale Eigenständigkeit. Und wenn für einen Bereich tatsächlich eine einheitliche Lösung angezeigt ist, weshalb sollte diese dann nicht wie in der Bundesverfassung vorgesehen vom Bund im bewährten Verfahren der Gesetzgebung oder gegebenenfalls der Verfassungsrevision erarbeitet werden, welches den Einbezug aller interessierten Kreise – einschliesslich der Kantone – sicherstellt, sondern von den Kantonen im Rahmen einer neuen Organisation?

499. ... ergibt eine Verschiebung zum Bund, doch eine angepasste Lösung.- Im Ergebnis führt eine zunehmende Regelung innerstaatlich relevanter Bereiche durch völkerrechtliche Verträge zu einem Machtzuwachs des Bundes; STURNY schreibt gar von einem „*Raub durch Globalisierung*“ ¹⁹⁴⁶. Die Gefahr, dass der Bund via völkerrechtlichen Vertrag in die kantonalen Kompetenzen eingreift, hatte sich zwar schon 1866 realisiert (s. n° 439; materiell war der Eingriff allerdings ein Gewinn an Rechtsgleichheit). Sie spielt jedoch heute in der Praxis eine wesentlich geringere Rolle

¹⁹⁴³ HANGARTNER, *Völkerrecht*, S. 667

¹⁹⁴⁴ vgl. STEIMEN, S. 93-94

¹⁹⁴⁵ so ABDERHALDEN, *Möglichkeiten*, S. 134, u. *Integration*, S. 358

¹⁹⁴⁶ STURNY, S. 129

als noch im 19. Jahrhundert, da sich die internen Zuständigkeiten des Bundes seither erweitert haben: So berichtete der Bundesrat 1864, „*dass kein einziger Vertrag von Bedeutung seit dem Bestande des neuen Bundes abgeschlossen worden ist, welcher nicht Eingriffe in das sonst der Kantonssouveränität überlassene Gebiet enthält. Der Bund hat disponiert über Materien des Privatrechts, des Zivil- und Strafprozesses, Jurisdiktionshoheit, Niederlassungsrecht, Militärpflicht, Steuerfreiheit, u.s.f.*“¹⁹⁴⁷ Nun berührt die Mehrzahl der vom Bund geschlossenen Verträge die kantonalen Kompetenzen nicht mehr. Insbesondere auf den Gebieten des Zivil- und Strafprozessrechts, der Vollstreckung ausländischer Urteile, der Doppelbesteuerung und allgemein bei der Annäherung an die EU-Regelungen ist die exklusive Bundeskompetenz im Äusseren aber immer noch von praktischer Tragweite¹⁹⁴⁸. Die Konventionen des Europarats – insbesondere die EMRK –, die Verpflichtungen im Rahmen der EFTA und der WTO, die sektoriellen Abkommen mit der EU sowie die UNO-Pakte haben Auswirkungen auf die kantonalen Kompetenzen im Bereich der Gerichtsorganisation, des Verfahrensrechts, des Hochschulwesens, der Ausübung reglementierter Berufe, des öffentlichen Beschaffungswesens, der Regelung der Medikamente, der Konsumkredite und der staatlichen Beihilfen¹⁹⁴⁹. Die Justizreform sieht denn auch die Vereinheitlichung des Zivil- und Strafprozessrechts vor (Art. 113 Abs. 2 u. 114 Abs. 2), u.a. da ein zersplittertes Verfahrensrecht angesichts der Tendenz zu grösseren Wirtschaftsräumen bzw. einer internationalisierten Kriminalität fragwürdig sei, und da das LugUe im Zivilrecht bzw. die EMRK und die Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie der Strassburger Organe im Strafrecht bereits zu Vereinheitlichungen geführt hätten¹⁹⁵⁰. Die Globalisierung kann den Bund immer mehr dazu führen, Staatsverträge abzuschliessen, die in den Kompetenzbereich der Kantone eingreifen¹⁹⁵¹. Er kann sich vielfach nicht in föderaler Zurückhaltung üben, da ein Abseitsstehen der Schweiz oftmals zu grosse wirtschaftliche oder politische Nachteile brächte¹⁹⁵². Den Kantonen bleibt damit immer weniger Raum für eigene Zuständigkeiten. Deshalb wollten sie

¹⁹⁴⁷ BBl 1864 II 261

¹⁹⁴⁸ WILDHABER, *Treaty-Making*, S. 314-315, u. *Kompetenzordnung*, S. 125; SCHWEIZER, *Gerichte*, S. 713-715, 716-729; IDEM, *Einwirkungen*, S. 81-83, 88-92; MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 93-94; STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 76; HAEFLIGER/SCHÜRMANN, S. 445-446 u. 447; STEIMEN, S. 86-90; VILLIGER, *EMRK*, Rz. 12-26; JAAG, *Beziehungen*, S. 250-251

¹⁹⁴⁹ s. SIEGWART, S. 71-112; SCHWEIZER/BRUNNER, S. 59, 61-63; STURNY, *ibid.*, S. 77-78; JAAG, *ibid.*, S. 244 u. 250; IDEM, *Einfluss*, S. 721-728; THALMANN, S. 310-314, 316-317 (zum öffentlichen Beschaffungswesen); Bericht des Bundesrates über die europäische Integration und ihre Auswirkungen auf den schweizerischen Föderalismus, vom 23. September 1998, VPB 53 (1989) Nr. 55, S. 490-498; aus der jüngeren Rechtsprechung s. BGE 127 I 115, S. 126-127, *Epoux W. c. Tribunal administratif du canton de Genève*, vom 18. Juni 2001 (Anspruch auf richterliche Überprüfung einer kantonalen Anordnung einer Autopsie)

¹⁹⁵⁰ Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 514-517

¹⁹⁵¹ vgl. die Ausführungen des Bundesrates zu einer Staatsleitungsreform, BBl 1993 III 1048-1049

¹⁹⁵² STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 130, m. w. Hinw.

vermehrt in die aussenpolitische Willensbildung einbezogen werden, und ihr Drängen auf eine gesetzliche Regelung erstaunt vor diesem Hintergrund nicht ¹⁹⁵³: Die Regelung kantonaler Materien durch völkerrechtliche Verträge des Bundes schwächt ihre Autonomie und gefährdet letztlich die bundesstaatliche Ordnung. Die Einrichtung neuer Beteiligungsformen erschien daher als vielversprechendste Lösung ¹⁹⁵⁴.

Art. 55 BV stellt vor diesem Hintergrund eine angemessene Lösung dar. Er trägt dem Umstand Rechnung, dass die Kantone bei der internationalen Rechtsetzung durch Verträge nicht in gleicher Weise einbezogen werden können wie bei innerstaatlichen Erlassen, da die aussenpolitische Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit des Bundes gewährleistet bleiben muss ¹⁹⁵⁵. Das neu ausdrücklich verankerte Mitwirkungsrecht kann den durch die zunehmende Bedeutung des Völkerrechts entstehenden Verlust an Kompetenzen und Einfluss der Kantone aber nur teilweise kompensieren. Wie weit dies gelingt, hängt wie erwähnt nicht zuletzt von der Initiative der Kantone selbst ab (n° 496). Verglichen mit den Gliedstaaten der USA, die keine wirklichen Mitwirkungsrechte haben (n° 295) sind die Kantone sehr gut gestellt. Sie sind vergleichbar gut gestellt wie die deutschen Ländern (n° 142), auch wenn der Abschluss von Verträgen in ihrem Zuständigkeitsbereich nicht wie in Deutschland ihre Zustimmung voraussetzt, sondern sie nur ein Mitwirkungsrecht haben, und auch wenn sie nicht wie die Länder bei einer Missachtung dieses Rechts die innerstaatliche Durchsetzung des Vertrags blockieren dürften.

500. *Innerkantonaler Machtgewinn von Regierung ...* - Die Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen in der Aussenpolitik, welche die Bundesverfassung neu betont, nimmt eine Gewichtsverschiebung auf die Regierungen, die nach aussen agieren, in Kauf: Der gestiegene Informations- und Mitwirkungsbedarf wird von den kantonalen Exekutiven wahrgenommen. Diese sind schneller und flexibler als die Parlamente, und sie verfügen über ein grösseres Fachwissen (vgl. Deutschland, wo die Beteiligung ebenfalls von den Länderregierungen wahrgenommen wird, n° 117, 119, 120; in den USA, wo die Gliedstaaten keine Mitwirkungsrechte haben, betreiben sowohl die Gouverneure als auch die Parlamente der Gliedstaaten Lobbying, n° 276). In der Aussenpolitik dürfte der Wissensvorsprung der Kantonsregierungen besonders gross sein. Sie haben zur Wahrung ihres Einbezugs in die Europapolitik des Bundes seit 1990 Europadienste eingerichtet. Als gemeinsame Organe wurde bei den EWR-Verhandlungen das Kontaktgremium Bund-Kantone reaktiviert, das schon 1978 im Rahmen des Projekts zur Neuverteilung der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen vom Bundesrat

¹⁹⁵³ vgl. HÄFELIN/HALLER, Rz. 1128 u. 1135

¹⁹⁵⁴ STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 132-133, m. w. Hinw.

¹⁹⁵⁵ HÄFELIN/HALLER, Rz. 1121; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 231-232; vgl. STURNY, *ibid.*, S. 296-298

einberufen worden war. Dieses stand jedoch unter der Leitung des Bundesrates und wurde von den Kantonen bald als zu bundeslastig empfunden. Seit 1993 organisieren sich die Kantonsregierungen nun in der KdK; das Kontaktgremium wurde 1997 durch zweimal jährlich stattfindende, informelle „Föderalismus-Gespräche“ zwischen einer Delegation des leitenden Ausschusses der KdK und des Bundesrates ersetzt. Soweit die aussenpolitischen Vorhaben nicht ressortübergreifend sind, wirken neben der KdK weiterhin die Konferenzen der kantonalen Fachdirektorinnen und -direktoren an der Aussenpolitik des Bundes mit. Seit 1994 sorgt der kantonale Beauftragte für Informationsfragen – gegenwärtig ROLAND MAYER – im Integrationsbüro EDA/EVD für die Koordination und Information der Kantone und deren Interessenwahrung im Rahmen der Integrationspolitik des Bundes. Die Kantone verfügen zudem seit 1990 über einen Informationsbeauftragten in Brüssel – gegenwärtig HANNES BONER –, der eine frühzeitige Information der Kantone über Entwicklungen in der EU sicherstellen soll ¹⁹⁵⁶.

Während also in der Praxis die Kantonsregierungen verstärkt in die Aussenpolitik des Bundes eingebunden werden und sie ihre Mitwirkungsinstrumentarien ausgebaut haben, erleiden die Kompetenzen von Kantonsvolk und Kantonsparlament Einbusen ¹⁹⁵⁷. Die Kantonsregierungen sollten ihre Stellungnahmen demokratisch abstützen ¹⁹⁵⁸. Je grösser der Einfluss des Völkerrechts auf das Landesrecht ist, desto mehr sollte dieses auch demokratisch abgestützt sein. Mit einer grösseren demokratischen Legitimation der Stellungnahmen der Kantonsregierungen stiege zudem auch deren politisches Gewicht im Bund.

Das Übergewicht der kantonalen Exekutiven wird durch eine zweite Entwicklung noch vergrössert: Im Bestreben, mehr Einfluss auf die Bundespolitik zu gewinnen, haben die Kantone die Kooperation verstärkt. Eine verstärkte Zusammenarbeit der Kantone vermag zwar ihren Einfluss zu erhöhen, wie das Beispiel des Einflusses der KdK gezeigt hat (n° 448). Statt neue Organe einzuführen, wäre es auch denkbar, den Ständerat – wie den deutschen Bundesrat, s. n° 120 – zu einer Vertretung der Kantonsinteressen umzugestalten, in der die Regierungsrätinnen und -räte Einsitz nehmen ¹⁹⁵⁹. Der Nachteil dieser Einbezugsformen ist allerdings deren Exekutivlastigkeit. Ein solcher Ausgleich im Bund einer Kompetenzverschiebung von den Kantonen zum Bund würde in den Kantonen selbst eine Kompetenzverschiebung von den

¹⁹⁵⁶ s. im Einzelnen STURNY, *ibid.*, S. 160-167; ABDERHALDEN, *Möglichkeiten*, S. 149-150, 157

¹⁹⁵⁷ PFISTERER, *Auslandbeziehungen*, Rz. 24 u. 25; SCHWEIZER/BRUNNER, S. 76-77; vgl. BIAGGINI, S. 725; ABDERHALDEN, *Möglichkeiten*, S. 185-196; EADEM, *Integration*, S. 369-371; JAAG, *Einfluss*, S. 728-729; HÄFELIN/HALLER, Rz. 1121

¹⁹⁵⁸ HANGARTNER, *Entwurf*, S. 149; vgl. a. die Vereinbarung über die Aushandlung, Ratifikation, Ausführung und Änderung der interkantonalen Verträge und der Vereinbarungen der Kantone mit dem Ausland, vom 9. März 2002 (AS 2002 559)

¹⁹⁵⁹ STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 277, 279-281, u. *Mitwirkung*, S. 258-259; ABDERHALDEN, *Möglichkeiten*, S. 199; COTTIER/WÜGER, S. 267; JAAG, *Einfluss*, S. 718; COTTIER/GERMANN, Rz. 47

kantonalen Parlamenten auf die Kantonsregierung bewirken. Mit der Verschiebung vom kantonalen Parlament auf die Kantonsregierung werden aber auch viele Entscheidungen der Mitwirkung des Volks entzogen. Daher wären auch auf kantonaler Ebene die Mitwirkungsrechte der kantonalen Parlamente auszubauen¹⁹⁶⁰. Einen weiteren Nachteil könnte man darin sehen, dass kein Föderalismusgewinn entsteht, wenn sich die Kantone freiwillig harmonisieren. Der Bund selbst scheint deshalb zur Koordination der kantonalen Anliegen die geeignetere Organisation zu sein. Dies würde allerdings voraussetzen, dass sich der Bund neutral verhält; oft ist er aber „*juge et partie*“. Und es besteht ein wesentlicher Unterschied darin, ob die Kantone selbständig und unter ihresgleichen ihre Positionen abstimmen, oder ob sie sich vom Bund Vorschriften geben lassen, auch wenn sie diese beeinflussen können. Für den Föderalismus ist nicht so sehr entscheidend, dass jeder Kanton andere Regelungen trifft, sondern vielmehr, dass er dies selber macht. Dies ist bei unter den Kantonen ausgehandelten Lösungen eher der Fall.

501. ... und Gerichten.- Der Vorrang des Völkerrechts vor dem kantonalen Recht bewirkt auch eine Stärkung der Stellung der kantonalen Gerichte, die kantonalen Erlassen unter Hinweis auf höherrangiges Völkerrecht die Anwendung versagen können. So anerkannte beispielsweise die Einzelrichterin des Bezirksgerichts Zürich das Zeugnisverweigerungsrecht für Journalisten gestützt auf Art. 10 Abs. 1 EMRK und entgegen der Zürcher Strafprozessordnung¹⁹⁶¹. Und das Bundesgericht hat schon oft entschieden, dass auf Grund von Art. 6 EMRK für zivil- oder strafrechtliche Ansprüche die Beschwerde an eine richterliche Behörde offen stehen müsse¹⁹⁶².

b) Auf die Gewaltenteilung zwischen den Bundesorganen

502. *Vertragsentstehung: Massgebender Einfluss des Bundesrates, aber Mitwirkungsrechte der Bundesversammlung,*- Seiner aussenpolitischen Führungsrolle entsprechend geht der Impuls zu Vertragsverhandlungen praktisch immer vom Bundesrat aus (s. n° 457 u. 466). Der Bundesrat führt auch die Verhandlungen und unterzeichnet den Vertrag. Bei wichtigen Verträgen ist zwar ein gemeinsames Vorgehen von Bundesrat und Bundesversammlung üblich, und angesichts der

¹⁹⁶⁰ STURNY, *Mitwirkungsrechte*, S. 285-291; vgl. ABDERHALDEN, *ibid.*, S. 196-199

¹⁹⁶¹ Bezirksgericht Zürich, Einzelrichterin für Zivil- und Strafsachen, Urteil vom 4. Oktober 1996 (U/GU960261), publiziert in Plädoyer 1/1997, S. 62-63. – Für weitere Bsp. s. HAEFLIGER/SCHÜRMANN, S. 440-441.

¹⁹⁶² s. aus der jüngeren Rechtsprechung BGE 127 I 115, S. 126-127, *Epoux W. c. Tribunal administratif du canton de Genève*, vom 18. Juni 2001 (Anspruch auf richterliche Überprüfung einer kantonalen Anordnung einer Autopsie)

wachsenden Interdependenz wurde die aussenpolitische Stellung der Bundesversammlung gestärkt (n° 455): Sie soll die Verhandlungen begleiten, und ihre zuständigen Kommissionen können zu den Richtlinien des Verhandlungsmandats Stellung nehmen, wobei die Stellungnahmen politisch verbindlich sein dürften (n° 464). So hängt es weitgehend von der persönlichen Initiative der Parlamentarierinnen und Parlamentarier ab, wie gross letztlich ihr Einfluss auf die Gestaltung der völkerrechtlichen Verträge ist. Allerdings sind die Parlamentarierinnen und Parlamentarier weitgehend von den Informationen des Bundesrates abhängig, der damit ihre Meinungsbildung beeinflussen kann. Und auch wenn die Beteiligung der Bundesversammlung auf Grund von Art. 166 BV sehr weitgehend sein kann, wird sie rein personell und organisatorisch nicht mit dem Bundesrat mithalten können: Dem viermal jährlich tagenden Milizparlament stehen der Bundesrat und seine zahlreichen spezialisierten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter gegenüber. Eine ebenso grosszügige personelle Dotierung der Bundesversammlung wäre politisch kaum machbar. Deshalb wird es wohl auch in Zukunft der Bundesrat und die Bundesverwaltung sein, die auf Schweizer Seite die Verträge prägen. Anzufügen ist, dass bei Vertragsverhandlungen das Gewicht der Schweiz nicht immer so ist, dass der Bundesrat seine Position durchbringen kann. Auch für ihn bringt die zunehmende Interdependenz eine Einschränkung seiner Handlungsfreiheit.

503. ... *Initiativrechte des Volks* ...- In seltenen, aber gewichtigen Fällen geht der Impuls zu Vertragsverhandlungen vom Volk aus (n° 480): Die Initiative „*Ja zu Europa!*“ verlangte eine sofortige Aufnahme von Beitrittsverhandlungen; die UNO-Initiative forderte einen Beitritt zur UNO. Nichts steht weiteren Initiativen entgegen, welche den Abschluss eines bestimmten Vertrages fordern. Häufiger waren bis anhin allerdings Volksinitiativen, welche, weil sie im Widerspruch zu bestehenden völkerrechtlichen Verträge standen, bei einer Annahme zu Vertragskündigungen geführt hätten (Rheinau-Initiative, n° 369; Überfremdungsinitiative, n° 370), hätten führen können (Staatsvertragsinitiative, n° 370) oder führen sollten (Alpeninitiative, n° 371). Die praktische Bedeutung dieser Mitwirkungsmöglichkeiten ist aber natürlich verglichen mit denjenigen der Exekutive gering. Sie beschränkt sich darauf, den Anstoss zu Verhandlungen oder zur Kündigung des Vertrags zu geben.

Die wachsende Interdependenz schränkt die faktische Handlungsfähigkeit der Staaten ein. Dadurch werden – auch unabhängig von der rechtlichen Lage – auch die Volksrechte eingeschränkt, wie etwa die Alpeninitiative zeigt. Die demokratische Legitimation muss deshalb schon beim Völkerrecht einsetzen¹⁹⁶³. Die nachgeführte Verfassung hat hierzu einen Beitrag geleistet, indem sie völkerrechtliche Verpflichtungen mit Verfassungscharakter integrierte (n° 338 *in fine*). Die diesbezügliche Behörden-

¹⁹⁶³ vgl. SCHINDLER, *Interdependenz*, S. 283-285, 289-292; COTTIER, *Globalisierung*, S. 211-232; MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 88; SEILER, *Verfassung*, S. 298-302; EHRENZELLER, *Aussenpolitik*

und Gerichtspraxis hat damit eine demokratische Legitimation erhalten, was eines der Gründe der Nachführung war (vgl. n° 374) ¹⁹⁶⁴.

504. ... und Vetorechte von Bundesversammlung und Volk.- Der Bundesrat wird in seiner Handlungsfreiheit nicht nur durch die Mitwirkungsrechte der Bundesversammlung eingeschränkt, sondern auch durch die Pflicht, gegebenenfalls vor der Ratifikation des Abkommens die Genehmigung von Bundesversammlung, Volk und Ständen einzuholen. Die Genehmigungspflicht hat die Vorwirkung, dass der Bundesrat bei den dem obligatorischen Referendum unterstellten Verträgen den Interessen aller drei genannten Rechnung tragen muss (vgl. *supra*, n° 497), bei dem fakultativen Referendum unterstellten Verträgen den Interessen der ersten zwei genannten (vgl. n° 477), und bei allen Verträgen der Meinung der Bundesversammlung: zwar wurden zwei Drittel aller Verträge als *accords en forme simplifiée* vom Bundesrat ohne ausdrückliche Genehmigung abgeschlossen, doch besteht hier auf Grund des GVG eine Vorwirkung durch die Pflicht zur jährlichen Stellungnahme. Zudem kann das Parlament die Ermächtigung zum selbständigen Vertragsschluss vor der Ratifikation widerrufen (n° 457, 460).

Das Referendum über völkerrechtliche Verträge sollte verhindern, dass die Gesetzgebungs- und Verfassungsgebungskompetenzen des Volkes durch völkerrechtliche Verträge ausgehöhlt werden. Auch der mit der zunehmenden Bedeutung der internationalen Verträge erfolgte Ausbau dieses Instruments 1977 hat allerdings noch nicht zu einem optimalen Einbezug des Volkes geführt (n° 472-473) ¹⁹⁶⁵: Eine grosse Lücke bilden die nicht direkt anwendbaren Verträge, die nicht dem Referendum unterstehen, obwohl sie das noch zu schaffende Vollzugsrecht präjudizieren und sogar unter Umständen dennoch direkt angewendet werden können (n° 477). Die Bundesversammlung hat es schon mit der bestehenden Verfassung in der Hand, diese Lücke mit einer Praxisänderung zu beheben (n° 478).

Da im Zuge der Globalisierung zunehmend internationale Lösungen getroffen werden, hat der Umfang des Völkerrechts gegenüber dem Landesrecht zugenommen. Da keine Parallelität des Referendums über Landes- und Völkerrecht besteht, ging diese Entwicklung auf Kosten der direkten Demokratie ¹⁹⁶⁶. Und ist die Schweiz einmal einem Vertrag oder einer Organisation beigetreten, so ist der verbleibende direktdemo-

¹⁹⁶⁴ s. KOLLER, *Verfassungsreform*, S. 11

¹⁹⁶⁵ vgl. GRISEL, *Droits populaires*, Rz. 57: « En dépit des apparences, c'est une faible minorité des traités internationaux qui est exposée au contrôle du peuple. Il suit de là que le droit des gens se développe au détriment de la démocratie semi-directe, évolution que la Constitution de 1999 ne freine pas. »

¹⁹⁶⁶ GRISEL, *Verhältnis*, S. 448

kratische Entscheidungsspielraum gering¹⁹⁶⁷. Die demokratische Mitsprache wäre deshalb wie erwähnt (n° 503 *in fine*) auf die internationale Ebene vorzuverlagern.

505. *Innerstaatliche Durchsetzung: Kompetenzgewinn des Bundesgerichts.*- Der Bundesrat hat den grössten Einfluss auf die Ausgestaltung der völkerrechtlichen Verträge (n° 505). Wie ist nun aber die innerstaatliche Wirkung eines bestehenden Vertrages?

a) Mit der Ratifikation erlangen die Verträge unmittelbar landesrechtliche *Geltung* (n° 385). Dies gilt grundsätzlich auch für den Fall, dass der Bundesrat einen nicht in seiner eigenen Kompetenz stehenden Vertrag ohne vorgängige Genehmigung der Bundesversammlung und gegebenenfalls des Volks abschliesst. Wenn die Bundesversammlung aber die Genehmigung ausdrücklich verweigert hat, sowie in den eindeutig dem Referendum unterstehenden Fällen – Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Gemeinschaften, Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV, Verträge, die unbefristet und unkündbar sind oder den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsehen, klare Fälle multilateraler Rechtsvereinheitlichung, Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV –, hat der Vertrag in Übereinstimmung mit Art. 46 WVÜ (Ungültigkeit bei offenkundiger, d.h. objektiv erkennbarer Verletzung einer innerstaatlichen Zuständigkeitsvorschrift von grundlegender Bedeutung) keine landesrechtliche Geltung (n° 389-390). Letztinstanzlich ist der Entscheid über die Geltung im Anwendungsfall Sache des Bundesgerichts, das die zurückhaltenden bzw. exekutivfreundlichen Grundsätze von Art. 46 WVÜ anwendet (vgl. n° 389). Bei entsprechender Kritik dürfte aber der Bundesrat den Vertrag von sich aus der Bundesversammlung unterbreiten; diese kann die Unterbreitung zudem mit einer Motion einfordern, wie dies auch mit einer Volksinitiative möglich ist (vgl. n° 467 u. 370).

b) Während die Geltung eines Abkommens bisher keine Probleme verursachte, wird es mit der Frage der *Anwendung* schon schwieriger. Das Bundesgericht berücksichtigt den Parteiwillen der Schweiz, wie er sich aus Äusserungen der Exekutive (Bundesrat und Bundesverwaltung) und der Legislative ergibt (n° 397). Es legt insbesondere grossen Wert darauf, nicht auf die Kompetenzen der (kantonalen wie föderalen) Legislative überzugreifen: Besonders deutlich wurde dies (in Bezug auf die eidgenössischen Räte) in den Entscheiden *Courtet* und *X. c. Caisse cantonale valaisanne de compensation*: Es stellte auf die Entscheide von National- und Ständerat ab, um den gleichen Vertragsbestimmungen die direkte Anwendbarkeit erst ab- und dann zuzusprechen (n° 400 u. 421). Unabhängig von Stellungnahmen der politischen Behörden scheut das Bundesgericht vor einer direkten Anwendung zurück, wenn dies grössere politische Auswirkungen hätte („*Technikum Winterthur*“, *Politische Gemeinde Glattfelden*; s. n° 399, 400 *in fine*). Bei multilateralen Verträgen ist für das

¹⁹⁶⁷ EHRENZELLER, *Aussenpolitik*

Bundesgericht – in Abkehr von seiner ursprünglichen, völkerrechtsfreundlicheren Rechtsprechung – das Fehlen eines gemeinsamen Gerichts, an das die Einzelnen gelangen können, ein Zeichen dafür, dass sie nicht *self-executing* sind (n° 397). Dies mag Ausdruck einer gewissen Abwehrhaltung gegenüber zunehmend ins Landesrecht eindringenden völkerrechtlichen Normen sein, die innerstaatlich relevante Gegenstände regeln, ohne im Gesetzgebungsverfahren zu Stande gekommen zu sein. Es mag auch an einer gewissen Zurückhaltung der Bundesrichterinnen und -richter liegen, Normen anzuwenden und zu entwickeln, wenn sie sich über die sich daraus ergebenden politischen Implikationen nicht ganz im Klaren sind und gleichzeitig bei einer Nichtanwendung keine Verurteilung der Schweiz durch eine internationale Instanz droht.

Insofern nimmt die *EMRK* eine Sonderstellung ein: Diese hat erstens den Grundrechtsschutz der einzelnen Person zum Gegenstand, also ein Gebiet, welches dem Bundesgericht vertraut ist. Und zweitens hat die Schweiz durch den Bundesrat die Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofes zur Beurteilung von Individualbeschwerden anerkannt. Daraus ergibt sich nicht nur der Parteiwille der Schweiz zur direkten Anwendung der hierfür auf Grund des (nach den auch für Landesrecht geltenden Kriterien beurteilten) Bestimmtheitsgrads geeigneten Bestimmungen, sondern – drittens – auch die Möglichkeit einer Verurteilung der Schweiz durch eine internationale Instanz (vgl. n° 400 *in fine*). Diese drei Elemente dürften die besonders progressive Rechtsprechung des Bundesgerichts zur *EMRK* erklären. Allerdings ist auch hier zu vermuten, dass es dabei auf die Ansichten der politischen Behörden Rücksicht nimmt – jedenfalls äusserte sich der damalige Bundesgerichtspräsident MARTIN SCHUBARTH dahingehend; ob das Bundesgericht aus politischen Gründen oder – wie KLEY vermutet – auch zur Vermeidung einer grösseren Arbeitslast auf eine zu grosse Ausdehnung seiner Kompetenzen verzichten wird, kann dabei dahingestellt bleiben (n° 428).

Zusammengefasst hält sich das Bundesgericht in den politisch heikleren Fällen zu sehr zurück, was unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit zu bedauern ist: Für Landes- und Völkerrecht sollte es in voller Wahrnehmung seiner verfassungsmässigen richterlichen Kompetenzen das gleiche Mass anlegen (n° 401).

c) Für den *Rang* des völkerrechtlichen Vertrags gilt grundsätzlich folgendes: Vertragsrecht geniesst vor dem Landesrecht Vorrang, und letzteres ist völkerrechtskonform auszulegen. Das Bundesgericht hat aber in *Schubert* die Ausnahme der „*consapevole deroga da parte del legislatore, fonte suprema del diritto interno*“ von diesem Grundsatz entwickelt mit dem Ziel, „*di mitigare certi rigori e di salvaguardare in pratica determinati imperiosi interessi*“ (n° 419). In Überspannung des Gewaltenteilungsprinzips räumt es damit den Erlassen der Bundesversammlung im gewollten Konfliktfall den Vorrang ein (n° 420). In seiner jüngeren Rechtsprechung zur *EMRK* deutete das Bundesgericht aber an, dass es diese Ausnahme aufgeben könnte

(n° 427). Als weitere Ausnahme gehen jüngere, justiziable Verfassungsbestimmungen den Verträgen vor (n° 403). Ausserdem wird der Vorrang der Verträge relativiert durch den absoluten Vorrang zwingenden Völkerrechts, wobei das Bundesgericht bestimmt, was zwingend ist und dabei, wie erwähnt, von einem weiten Ius-cogens-Begriff ausgeht (n° 493). Anzufügen ist hier allerdings, dass das Bundesgericht politische Fragen den politischen Behörden überlässt (n° 380-382).

Es ergibt sich also, dass das Bundesgericht in Bezug auf die Geltung, die Anwendung und den Rang der völkerrechtlichen Verträge eine zurückhaltende Rechtsprechungspraxis übt, die darauf bedacht ist, nicht in die Kompetenzen der Bundesversammlung und des Bundesrates einzugreifen. Dennoch haben sich aber seine Kompetenzen ausgedehnt: Ein wichtiger staatspolitischer Grundsatz der Schweiz ist bekanntlich die beschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit (Art. 191 BV; s. n° 404). Diese Eigentümlichkeit ist „*sous l'effet conjugué de la primauté internationale et du renforcement de la garantie nationale et internationale des droits fondamentaux*“ (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER) ¹⁹⁶⁸ durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts ein Stück weit aufgehoben worden (n° 426) ¹⁹⁶⁹. Soweit verfassungsmässige Rechte auch in der EMRK oder anderen internationalen Konventionen, wie etwa dem UNO-Pakt II, garantiert sind, wendet das Bundesgericht die dagegen verstossenden Bundesgesetze (und natürlich auch rangtiefere Erlasse) nicht an. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Bundesversammlung nicht willentlich im Widerspruch zu einer vertraglichen Vorgabe legifert hat. Ob das Bundesgericht diese Ausnahme aufrechterhält, wird sich weisen. Juristisch wäre eine offensivere Rechtsprechung durchaus möglich (vgl. n° 420).

Natürlich werden auch die Kompetenzen des Bundesgerichts durch das Völkerrecht beschränkt, weil es zur völkerrechtskonformen Auslegung des Landesrechts verpflichtet ist und insbesondere die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte beachten muss ¹⁹⁷⁰, doch bedeutender ist, dass diese Pflicht allen

¹⁹⁶⁸ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Bd. I, Rz. 1846; s. auch SÄGESSER (HRSG.), Rz. 1146

¹⁹⁶⁹ vgl. SCHWEIZER, *Gerichte*, S. 737

¹⁹⁷⁰ vgl. MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 69; SCHWEIZER, *Einwirkungen*, S. 87-88. – Wünschenswert wäre es, wenn das Bundesgericht nicht nur die Rechtsprechung Strassburgs, sondern auch dessen Öffentlichkeitsprinzip übernehmen würde: Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte macht nicht nur seine Entscheide, sondern alle Verfahrensakten, also auch die hierzulande meist anonymisierten Bundesgerichtsurteile, grundsätzlich öffentlich zugänglich (es sei denn, dass eine Geheimhaltung im Interesse der Moral, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit in einer demokratischen Gesellschaft liegt, dass die Interessen von Jugendlichen oder der Schutz des Privatlebens der Prozessparteien es verlangen oder – soweit die Kammer es für unbedingt erforderlich hält – dass unter besonderen Umständen eine öffentliche Verhandlung die Interessen der Rechtspflege beeinträchtigen würde; s. Art. 33 Abs. 2 u. 3 der Verfahrensordnung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, vom 4. November 1998; SR 0.101.2); vgl. MARKUS FELBER, *Namenloses Elend in Lausanne. Zu überdenkende Anonymisierungspraxis des Bundesgerichts*, NZZ Nr. 2 vom 5. Januar 1999, S. 13; s. zur Anonymisierung BGE 124 IV 234, S. 237-240 E. 2, insb. S. 239 E. 2b *in fine*, W. c. *Bundesamt für Zivilluftfahrt*, vom 18. Mai 1998.

richterlichen Behörden das Recht zur Kontrolle des Landesrechts und damit der Legislative und der Exekutive in die Hände gibt.

506. *Bemühen um Ausgleich.*- Insgesamt wirkt sich somit die zunehmende Regelungsdichte auf völkerrechtlicher Ebene zu Gunsten von Bundesrat und Bundesgericht aus. Dies liegt weniger an der rechtlichen Ausgestaltung der Beteiligungsrechte des Parlaments, als an dessen faktischen Beteiligungsmöglichkeiten. Auch der Einbezug des Volkes könnte schon auf Grund der jetzigen Rechtslage grösser sein. Was dagegen die innerstaatliche Durchsetzung des Völkerrechts betrifft, hätte das Bundesgericht die Möglichkeit, seinen Einfluss noch auszudehnen. Es war jedoch bisher um Rücksichtnahme auf den Bundesrat und das Parlament bemüht, wie auch der Bundesrat kaum an einem Übergewicht über das Parlament interessiert sein kann. Der Wille, einen Ausgleich zu suchen, ist vorhanden, wie die letzte Totalrevision der Bundesverfassung gezeigt hat.

3. Exkurs: Einfluss des Gemeinschaftsrechts

507. *Autonomer Nachvollzug.*- Die Schweiz ist als Nichtmitglied natürlich juristisch nicht an Gemeinschaftsrecht gebunden. Das Bundesgericht sah sich aber schon veranlasst, das ausdrücklich festzuhalten¹⁹⁷¹. Tatsächlich gehört wegen der grossen Bedeutung des europäischen Wirtschaftsraumes für die Schweiz die Überprüfung der Europakompatibilität schweizerischer Erlasse zum festen Bestandteil bundesrätlicher Botschaften an das Parlament: Der für die Schweiz wichtigste Markt bestimmt die Spielregeln (vgl. auch n° 349)¹⁹⁷². Der Bundesrat hat diese Massnahme 1988 im ersten Integrationsbericht angekündigt. Wie wir gesehen haben, war diese Massnahme nicht einzigartig in Europa: Auch Schweden sah sich seit dem gleichen Jahr und bis zum Beitritt zum autonomen Nachvollzug veranlasst (n° 320). Angestrebt werde in den Bereichen von grenzüberschreitender Bedeutung eine grösstmögliche Vereinbarkeit der schweizerischen Rechtsvorschriften mit denjenigen der europäischen Partner, was auch den Verzicht beinhalten könne, schweizerische Sonderlösungen um jeden Preis

¹⁹⁷¹ s. sogleich BGE 125 II 481, S. 487 E. 7a, *Commune de Blonay c. Commission fédérale de recours en matière de contributions*, vom 5. Oktober 1999

¹⁹⁷² ANDREAS AUER, *La démocratie directe helvétique dans le contexte européen: origine, conditions, pratique*, in: Epiney/Siegwart, S. 24-25; SCHWEIZER, *Gerichte*, S. 636-639; TSCHANNEN, Nr. 461; COTTIER, *Globalisierung*, S. 227-229; MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 48-49; JAAG, *Einfluss*, S. 713-714; PIERRE TERCIER, *Le rayonnement international du droit suisse*, ZSR 1999/I, S. 7-8; THALMANN, S. 317-318; ZELLWEGER, S. 274-275

durchsetzen zu wollen¹⁹⁷³. Das eindrucklichste Beispiel für den autonomen Nachvollzug der Schweiz ist das Swisslex-Paket, das der Bundesrat der Bundesversammlung am 24. Februar 1993 vorgelegt hat. Es handelte sich dabei um 27 Gesetzesentwürfe des sogenannten Eurolex-Programms, das die Schweiz EWR-kompatibel hätte machen sollen und mit der Abstimmung vom 6. Dezember 1992 rechtlich – aber nicht faktisch – hinfällig geworden war¹⁹⁷⁴. Vereinzelt geht die Anlehnung an das Gemeinschaftsrecht sogar bis zum direkten Verweis auf EG-Richtlinien, ohne diese ins Landesrecht zu übertragen, wie dies in der EU erforderlich ist, so z.B. bei den gestützt auf das Bundesgesetz über die Beseitigung technischer Handelshemmnisse erlassenen Verordnungen¹⁹⁷⁵. Auch die rechtsprechenden Behörden beziehen sich auf das Gemeinschaftsrecht. Die Eidgenössische Steuerrekurskommission etwa hatte festgehalten, die schweizerische Mehrwertsteuer sei „*di tipo ,europeo*“¹⁹⁷⁶, woraus sich ein Anspruch auf materielle Eurokompatibilität ergebe. Diese umfasse die Verpflichtung, die Maximen der Sechsten Richtlinie des EG-Rates zu beachten¹⁹⁷⁶. Das Bundesgericht hat diesen Entscheid inzwischen richtiggestellt. Zweifellos habe die verfassungsgebende Gewalt das schweizerische Steuersystem dem der EU annähern wollen, als er die Warenumsatzsteuer durch die Mehrwertsteuer ersetzt habe. « *Le droit communautaire ne lie toutefois pas la Suisse qui ne fait pas partie de l'Union européenne. (Le droit de l'Union européenne et de ses Etats membres) ont donc une valeur d'exemple et représentent une source utile pour l'interprétation du droit suisse, en particulier lorsqu'il s'agit de réaliser le but de l'harmonisation visé par le Constituant (...). Il n'est cependant pas interdit au législateur – y compris en l'espèce le Conseil fédéral – d'écarter une solution admise par le droit européen si des motifs valables le justifient (...).* » Nach einer Betrachtung der Sechsten Richtlinie und der Praxis und Lehre Deutschlands kam es zum Schluss, der Bundesrat habe den Verfassungsauftrag nicht überschritten und kein Gemeinschaftsrecht verletzt, als er Aktivitäten der öffentlichen Hand auf dem Gebiet der Entsorgung der Mehrwertsteuer

¹⁹⁷³ Bericht über die Stellung der Schweiz im europäischen Integrationsprozess, vom 24. August 1988 (BBl 1988 III 380)

¹⁹⁷⁴ s. zur Abstimmung n° 476; SCHWEIZER, *Gerichte*, S. 639-640; MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 49; SCHÖNENBERGER, S. 749; ROGER MALLEPELL, *Der Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf die schweizerische Gesetzgebung 1993-1995*, Bern/Zürich 1999 (= Swiss Papers on European Integration 21/1999); JAAG, *Beziehungen*, S. 242-245; vgl. die Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens, vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I 805; s. auch CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ/PETER NOBEL/ROBERT WALDBURGER, *Die Auswirkungen eines EU-Beitritts auf den Finanzplatz Schweiz*, Zürich 2001. – TERCIER zitierend sei angefügt, „*que le droit suisse est européen, éminemment, et que comme tel il n'est pas plus le reflet d'une communauté que d'une autre; il en est la symbiose.*“ (IDEM, Fn. 1972), S. 7).

¹⁹⁷⁵ Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse, vom 6. Oktober 1995 (THG; SR 946.51); Art. 3 Abs. 4 u. Anhang 2 der Verordnung über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge, vom 19. Juni 1995 (VTS; SR 741.41)

¹⁹⁷⁶ Entscheid der Eidgenössischen Steuerrekurskommission, vom 22. Oktober 1996, VPB 61 (1997) Nr. 65, S. 612-614 E. 1c

unterstellte¹⁹⁷⁷. – Selbst wenn die Schweiz EU-Mitglied wäre, hätte der Entscheid des Bundesgerichts nicht anders ausgesehen.

Der autonome Nachvollzug beschränkt sich zudem nicht auf Bundesebene. Auch die Kantone Freiburg und Genf bemühen sich, neue Erlasse soweit wie möglich europaverträglich zu gestalten, und Bern und Wallis überprüfen die Kompatibilität¹⁹⁷⁸.

508. *Übernahme durch Vertrag.* – Dass die EU die Spielregeln bestimmt, zeigte sich insbesondere bei den sektoriellen Abkommen mit der EU, wo die Schweiz gemeinschaftsrechtliche Regelungen übernimmt, während das Umgekehrte kaum der Fall ist¹⁹⁷⁹. Das Luftverkehrsabkommen von 1999 verpflichtet die Schweiz nicht nur zur Anwendung von rund vierzig EU-Erlassen, sondern unterstellt sie im Bereich des Wettbewerbsrechts im Luftverkehr auch der Hoheit der EU-Kommission und des Europäischen Gerichtshofs. Es ist insofern also ein Teil-Integrationsvertrag. Allerdings sind davon nur einige wenige Luftfahrtunternehmen betroffen, und die Rechtslage war schon bisher ähnlich¹⁹⁸⁰. Und das Freizügigkeitsabkommen sieht vor, dass die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu berücksichtigen ist, soweit für die Anwendung des Abkommens Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden¹⁹⁸¹.

509. *Faktischer Kompetenzverlust von Regierung, Parlament, Volk und Ständen.* – Weder der autonome Nachvollzug noch die Übernahme durch die sektoriellen Abkommen haben zwar formell Auswirkungen auf die Gewaltenteilung, denn die Mitwirkungsrechte von Bundesversammlung und Volk werden gewahrt. Auch die Gerichte berücksichtigen das Gemeinschaftsrecht nur im Hinblick auf die korrekte Auslegung des Gesetzes. Faktisch aber ist der Handlungsspielraum des Parlaments beim autonomen Nachvollzug bereits heute begrenzt. Und die sektoriellen Abkommen wurden – wie allgemein die völkerrechtlichen Verträge (n° 502) – weitestgehend vom Bundesrat ausgehandelt. Die Bundesversammlung und das Volk konnten sie nur noch *en bloc* annehmen oder ablehnen. Auch hier führt die zunehmende internationale Verflechtung also zu einer Stärkung der Regierung, wobei deren Verhandlungsposition jedoch nicht die stärkste sein dürfte¹⁹⁸².

Die Rücksichtnahme auf Gemeinschaftsrecht schränkt nicht nur den faktischen Handlungsspielraum des Bundes ein. Sie bringt auch Einschränkungen der kantonalen

¹⁹⁷⁷ BGE 125 II 481, S. 487-489 E. 7, *Commune de Blonay c. Commission fédérale de recours en matière de contributions*, vom 5. Oktober 1999; s. auch JAAG, *Beziehungen*, S. 233 u. 246, m. w. Hinw.

¹⁹⁷⁸ JAAG, *Einfluss*, S. 720-721, m. w. Hinw.; THALMANN, S. 318

¹⁹⁷⁹ vgl. JAAG, *Beziehungen*, S. 230, 246-247

¹⁹⁸⁰ Art. 23 Abs. 3 u. 4; Art. 11 u. 20; JAAG, *Beziehungen*, S. 231, m. w. Hinw.

¹⁹⁸¹ Art. 16 Abs. 2; JAAG, *ibid.*, S. 232

¹⁹⁸² vgl. JAAG, *Beziehungen*, S. 248-252, m. w. Hinw.

Zuständigkeiten mit sich, die vielfach vom Gemeinschaftsrecht erfasst werden (n° 499). So ist der Bund im Rahmen der Anpassung an das europäische Recht selbst in Bereichen, welche bis anhin vorwiegend in die kantonale Zuständigkeit fielen, gesetzgeberisch tätig geworden, wie etwa im Bereich der Konsumkredite¹⁹⁸³, der Heilmittel¹⁹⁸⁴ und der Freizügigkeit der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte¹⁹⁸⁵. Damit wird die Stellung des Bundes gegenüber den Kantonen gestärkt; allerdings verfügt dieser selbst kaum über einen Entscheidungsspielraum¹⁹⁸⁶.

¹⁹⁸³ Bundesgesetz über den Konsumkredit, vom 8. Oktober 1993 (KKG; SR 221.214.1); BBl 1999 3155

¹⁹⁸⁴ Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte, vom 15. Dezember 2000 (Heilmittelgesetz, HMG; SR 812.21); s. die Botschaft zu einem Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG), vom 1. März 1999, BBl 1999 3453, 3463

¹⁹⁸⁵ Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte, vom 23. Juni 2000 (Anwaltsgesetz, BGFA; SR 935.61); s. die Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), vom 28. April 1999, BBl 1999 6013, 6078

¹⁹⁸⁶ JAAG, *Beziehungen*, S. 250-251; IDEM, *Einfluss*, S. 714, 721-730, m. w. Hinw.

Literaturverzeichnis

(In **Fettdruck** die Zitierweise. Das Verzeichnis ist nach Kapiteln aufgeteilt. Es stellt keine vollständige Bibliografie der verwendeten Literatur dar; selten zitierte oder weniger sachrelevante Werke sind nur in den Fussnoten aufgeführt.)

I. Die völkerrechtlichen Normen

JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Observations d'un constitutionnaliste sur l'évolution des sources du droit international*, SJIR 1989, S. 13-38

JEAN COMBACAU/SERGE SUR, *Droit international public*, 3. Aufl., Paris 1997

BENEDETTO CONFORTI,

- *Cours général. Cours général de droit international public*, RC 1988 V, S. 13-210
- *Diritto internazionale*, 4. Aufl., Neapel 1992
- *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Dordrecht/Boston/London 1993

BENEDETTO CONFORTI/ANGELO LABELLA, *Invalidity and Termination of Treaties: The Role of National Courts*, EJIL 1/1990, S. 44 ff., abrufbar unter www.ejil.org/journal/Vol1/No1/index.html

THOMAS COTTIER,

- *Die Globalisierung des Rechts – Herausforderungen für Praxis, Ausbildung und Forschung*, ZbJV 1997, S. 217-241
- *Die Auswirkungen der Uruguay-Runde auf die internen Entscheidungsprozesse der Schweiz: ein Rückblick*, LeGes 1999/3, S. 39-47
- *Einleitung und Synthesen* zu Thomas Cottier/Alberto Achermann/Daniel Wüger/Valentin Zellweger, *Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht. Beiträge zu Verhältnis und methodischer Angleichung von Völkerrecht und Bundesrecht*, Bern 2001, S. 1-31

THOMAS COTTIER/SERGE PANNATIER, *Staatsverträge*, SJK 384 u. 386, Genf 1996

THOMAS COTTIER/DANIEL WÜGER, *Auswirkungen der Globalisierung auf das Verfassungsrecht: Eine Diskussionsgrundlage*, in: Beat Sitter-Liver (Hrsg.), *Herausgeforderte Verfassung. Die Schweiz im globalen Kontext*, 16. Kolloquium (1997) der Schweizerischen Akademie der Geistes- und Sozialwissenschaften, Freiburg 1999, S. 241-281

THOMAS COTTIER/DANIEL WÜGER/VALENTIN ZELLWEGER,

- *Der Staatsvertrag im Verfassungsrecht: Auf dem Weg einer Angleichung von Vertrag und Gesetz*, LeGes 1999/3, S. 15-32
- *Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht, Studie im Rahmen des NFP „Aussenpolitik“, Synthesebericht*, Bern 2000

INGRID DETTER, *The International Legal Order*, Aldershot etc. 1994

BERNHARD EHRENZELLER, *Legislative Gewalt und Aussenpolitik – Eine rechtsvergleichende Studie zu den parlamentarischen Entscheidungskompetenzen des deutschen Bundestages, des amerikani-*

schen Kongresses und der schweizerischen Bundesversammlung im auswärtigen Bereich, Basel 1993

RUDOLF **GEIGER**, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 2. Aufl., München 1994

LOUIS **HENKIN**, *International Law: Politics and Values*, Nordrecht etc. 1995

KNUT **IPSEN**, *Völkerrecht*, 4. Aufl., München 1999

OTTO **KIMMINICH**/STEPHAN **HOBE**, *Einführung in das Völkerrecht*, 7. Aufl., Tübingen/Basel 2000

MANFRED **KÜNG**/MARTIN K. **ECKERT**, *Repetitorium zum Völkerrecht*, Bern etc. 1993

GIORGIO **MALINVERNI**, *L'indépendance de la Suisse dans un monde interdépendant*, ZSR 1998/II, S. 1-137

JÖRG PAUL **MÜLLER**/LUZIUS **WILDHABER**, *Praxis des Völkerrechts*, 3. Aufl., Bern 2001

NGUYEN QUOC DINH/PATRICK **DAILLIER**/ALAIN **PELLET**, *Droit international public*, 6. Aufl., Paris 1999

GEORGES **PERRIN**, *Droit international public*, Zürich 1999

DIETRICH **SCHINDLER**, *Der Weg vom „geschlossenen“ zum „offenen“ Verfassungsstaat*, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/René Schaffhauser/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen*, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen SZ 1998, S. 1027-1041

IGNAZ **SEIDL-HOHENVELDERN**/TORSTEN **STEIN**, *Völkerrecht*, 10., neubearb. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 2000

MALCOLM N. **SHAW**, *International Law*, 4. Aufl., Cambridge 1997

DANIEL **THÜRER**,

- *Internationales „Rule of Law“ – innerstaatliche Demokratie*, SZIER 1995, S. 455-478
- *Der Verfassungsstaat von aussen gesehen – eine Skizze*, ZSR 1995/I, S. 273-292, auch in: DANIEL THÜRER, *Perspektive Schweiz. Übergreifendes Verfassungsdenken als Herausforderung*, Zürich 1998, S. 59-91
- *Recht der internationalen Gemeinschaft und Wandel der Staatlichkeit*, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse*, Zürich 2001, S. 37-61

CHRISTIAN **TOMUSCHAT**, *Die internationale Gemeinschaft*, in: Christian Tomuschat/Hein Kötz/Bernd von Maydell (Hrsg.), *Europäische Integration und nationale Rechtskulturen*, Köln/Berlin/Bonn/München 1995, S. 1-19

MARK E. **VILLIGER**, *Customary International Law and Treaties*, 2. Aufl., Den Haag/London/Boston 1997

LUZIUS **WILDHABER**, *Treaty-Making Power and Constitution. An International and Comparative Study*, Basel/Stuttgart 1971

DANIEL **WÜGER**, *Die direkte Anwendbarkeit staatsvertraglicher Normen*, in: Thomas Cottier/Alberto Achermann/Daniel Wüger/Valentin Zellweger, *Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht. Beiträge zu Verhältnis und methodischer Angleichung von Völkerrecht und Bundesrecht*, Bern 2001, S. 93-250

II. Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht: Monismus, Dualismus

DIONISIO ANZILOTTI, *Lehrbuch des Völkerrechts*, 2. Bd., Berlin/Leipzig 1929

JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Observations d'un constitutionnaliste sur l'évolution des sources du droit international*, SJIR 1989, S. 13-38

GABY BUCHS, *Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen. Am Beispiel der Rechtsprechung der Gerichte Deutschlands, Österreichs, der Schweiz und der Vereinigten Staaten von Amerika*, Diss. Mainz, Baden-Baden 1993

JEAN COMBACAU/SERGE SUR, *Droit international public*, 3. Aufl., Paris 1997

BENEDETTO CONFORTI, *Diritto internazionale*, 4. Aufl., Neapel 1992

INGRID DETTER, *The International Legal Order*, Aldershot etc. 1994

LOUIS HENKIN, *International Law: Politics and Values*, Nordrecht etc. 1995

KNUT IPSEN, *Völkerrecht*, 3. Aufl., München 1990

HELEN KELLER, *Rechtsvergleichende Aspekte zur Monismus-Dualismus-Diskussion*, SZIER 1999, S. 225-235

HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2., vollst. neu bearb. u. erw. Aufl. 1960, Nachdruck Wien 1992

OTTO KIMMINICH/STEPHAN HOBE, *Einführung in das Völkerrecht*, 7. Aufl., Tübingen/Basel 2000

NGUYEN QUOC DINH/PATRICK DAILLIER/ALAIN PELLET, *Droit international public*, 6. Aufl., Paris 1999

GEORGES PERRIN, *Droit international public*, Zürich 1999

DIETRICH SCHINDLER, *Der Weg vom „geschlossenen“ zum „offenen“ Verfassungsstaat*, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/René Schaffhauser/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen*, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen SZ 1998, S. 1027-1041

IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN/TORSTEN STEIN, *Völkerrecht*, 10., neubearb. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 2000

MALCOLM N. SHAW, *International Law*, 4. Aufl., Cambridge 1997

HEINRICH TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig 1899

GUSTAV ADOLF WALZ, *Völkerrecht und staatliches Recht*, Stuttgart 1933

DANIEL WÜGER, *Die direkte Anwendbarkeit staatsvertraglicher Normen*, in: Thomas Cottier/Alberto Achermann/Daniel Wüger/Valentin Zellweger, *Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht. Beiträge zu Verhältnis und methodischer Angleichung von Völkerrecht und Bundesrecht*, Bern 2001, S. 93-250

III. Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung am Beispiel einiger Staaten

A. Deutschland

PETER **BADURA**, *Staatsrecht*, 2. Aufl., München 1996

RUDOLF **BERNHARDT**, *Verfassungsrecht und völkerrechtliche Verträge*, in: Isensee/Kirchhof, Bd. VII, S. 571-597

GABY **BUCHS**, *Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen. Am Beispiel der Rechtsprechung der Gerichte Deutschlands, Österreichs, der Schweiz und der Vereinigten Staaten von Amerika*, Diss. Mainz, Baden-Baden 1993

ANTONIO **CASSESE**, *Modern Constitutions and international Law*, RC 1985 III, S. 329-475

GÜNTER **DÜRIG**, *Grundgesetz mit Vertrag über die abschliessende Regelung in Bezug auf Deutschland, Menschenrechtskonvention, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Parteiengesetz und Gesetz über den Petitionsausschuss*, mit einer Einführung von Günter Dürig, 30. Aufl., München 1993

BERNHARD **EHRENZELLER**, *Legislative Gewalt und Aussenpolitik – Eine rechtsvergleichende Studie zu den parlamentarischen Entscheidungskompetenzen des deutschen Bundestages, des amerikanischen Kongresses und der schweizerischen Bundesversammlung im auswärtigen Bereich*, Basel 1993

JOCHEN ABR. **FROWEIN**/MICHAEL J. **HAHN**, *The Participation of Parliament in the Treaty Process in the Federal Republic of Germany*, in: Stefan A. Riesenfeld/Frederick M. Abbott (Hrsg.), *Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties: A Comparative Study*, Dordrecht/Boston/London 1994, S. 61-87 u. 469-475

RUDOLF **GEIGER**, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 2. Aufl., München 1994

ALEXANDRA **GERBER**, *Deutschland*, in: Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung (Hrsg.), *Staatsrechtliche Auswirkungen der Mitgliedschaft in den Europäischen Gemeinschaften. Zwölf Länderberichte*, Zürich 1991, S. 77-154

WILHELM G. **GREWE**, *Auswärtige Gewalt*, in: Isensee/Kirchhof, Bd. III, S. 921-975

ROMAN **HERZOG**, *Stellung des Bundesrates im demokratischen Bundesstaat*, in: Isensee/Kirchhof, Bd. II, S. 467-503

PETER M. **HUBER**, *Präambel*, in: Sachs

HANS PETER **IPSEN**, *Die Bundesrepublik Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften*, in: Isensee/Kirchhof, Bd. VII, S. 767-815

KNUT **IPSEN**, *Völkerrecht*, 3. Aufl., München 1990

JOSEF **ISENSEE**/PAUL **KIRCHHOF** (HRSG.), *Handbuch des Staatsrechts*, **Bd. II**, Heidelberg 1987; **Bd. III**, 2. Aufl., Heidelberg 1996; **Bd. IV**, Heidelberg 1990; **Bd. VII**, Heidelberg 1992

OTTO **KIMMINICH**/STEPHAN **HOBE**, *Einführung in das Völkerrecht*, 7. Aufl., Tübingen/Basel 2000

- HANS HUGO KLEIN, *Aufgaben des Bundestages*, in: Isensee/Kirchhof, Bd. II, S. 341-366
- JÖRG LÜCKE, *Art. 79 GG*, in: Sachs
- THEODOR MAUNZ/REINHOLD ZIPPELIUS, *Deutsches Staatsrecht*, 29. Aufl., München 1994
- HERMANN MOSLER, *Die Übertragung von Hoheitsgewalt*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Bd. VII, S. 599-646
- MARTIN OLDIGES, *Art. 67 GG*, in: Sachs
- NORMAN PAECH/GERHARD STUBY, *Machtpolitik und Völkerrecht in den internationalen Beziehungen*, Baden-Baden 1994
- GERHARD ROBBERS, *Art. 51 GG*, in: Sachs
- WALTER RUDOLF,
- *Völkerrecht und deutsches Recht*, Tübingen 1967
 - *Die innerstaatliche Anwendung partikulären Völkergewohnheitsrechts*, in: René Marcic et al. (Hrsg.), *Internationale Festschrift für Alfred Verdross zum 80. Geburtstag*, München/Salzburg 1971, S. 435-448
 - *Kooperation im Bundesstaat*, in: Isensee/Kirchhof, Bd. IV, S. 1091-1132
- MICHAEL SACHS (HRSG.), *Grundgesetz*, 2. Aufl., München 1999
- THEODOR SCHILLING, *Zum Verhältnis vom Gemeinschafts- und nationalem Recht*, ZfRV 4/1998, S. 149-152
- KLAUS SCHLAICH, *Die Funktionen des Bundespräsidenten im Verfassungsgefüge*, in: Isensee/Kirchhof, Bd. II, S. 541-584
- MEINHARD SCHRÖDER,
- *Bildung, Bestand und parlamentarische Verantwortung der Bundesregierung*, in: Isensee/Kirchhof, Bd. II, S. 603-627
 - *Die Einwirkung des internationalen Rechts auf das interne Recht am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, LeGes 1994/1, S. 41-68
- RAINER J. SCHWEIZER/STEPHAN C. BRUNNER, *Die Mitwirkung der Bundesländer an EU-Vorhaben in der Bundesrepublik Deutschland und in Österreich. Ein Modell für die Mitwirkung der Kantone in der Aussenpolitik*, Swiss Papers on European Integration, Bern/Zürich 1998
- IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN/TORSTEN STEIN, *Völkerrecht*, 10., neubearb. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 2000
- HELMUT STEINBERGER, *Allgemeine Regeln des Völkerrechts*, in: Isensee/Kirchhof, Bd. VII, S. 525-570
- RUDOLF STREINZ, *Art. 23-25 GG* u. *Art. 32 GG*, in: Sachs
- GERD STURM, *Art. 93 GG*, in: Sachs
- THIEMO STURNY, *Die Mitwirkungsrechte der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes*, Diss. Freiburg 1998

- THIEMO STURNY/URS THALMANN, *Die Rolle der Gliedstaaten in der Aussenpolitik*, in: Peter Hänni (Hrsg.), *Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration. Die Rolle der Kantone in einem sich wandelnden internationalen Kontext*, Zürich 2000, S. 151-159 u. 178-188
- CHRISTIAN TOMUSCHAT, *Die staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit*, in: Isensee/Kirchhof, Bd. VII, Heidelberg 1992, S. 483-524
- CHRISTIAN WALTER, *Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozess*, ZaöRV 1999, S. 961-983
- LUZIUS WILDHABER/STEPHAN BREITENMOSER, *The Relationship between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries*, ZaöRV 1988, S. 163-207
- MANFRED ZULEEG, *Die Bundesrepublik und die internationale Ordnung*, in: Rudolf Wassermann (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 1, Darmstadt 1984, S. 168-243

B. Frankreich

- RONNY ABRAHAM, *Droit international, droit communautaire et droit français*, Paris 1989
- JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *L'Excelsior du Palais Royal, ou l'imprévisible ascension du Conseil constitutionnel français*, in: Walter Haller/Alfred Kölz/Georg Müller/Daniel Thürer (Hrsg.), *Im Dienste der Gemeinschaft, Festschrift für Dietrich Schindler*, Basel/Frankfurt a. M. 1989, S. 655-672
- GENEVIÈVE BURDEAU, *Les engagements internationaux de la France et les exigences de l'Etat de droit*, AFDI 1986, S. 837-856
- GEORGES BURDEAU/FRANCIS HAMON/MICHEL TROPER, *Droit constitutionnel*, 25. Aufl., Paris 1995
- DOMINIQUE CARREAU, *Droit international*, 5. Aufl., Paris 1997
- ANTONIO CASSESE, *Modern Constitutions and international Law*, RC 1985 III, S. 329-475
- JEAN COMBACAU/SERGE SUR, *Droit international public*, 3. Aufl., Paris 1997
- MAURICE DUVERGER, *Le système politique français*, 21. Aufl., Vendôme 1996
- LOUIS FAVOREU/LOÏC PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 9. Aufl., Paris 1997
- VALÉRIE GOESEL-LE BIHAN, *La répartition des compétences en matière de conclusion des accords internationaux sous la V^e République*, Paris 1995
- WALTER HALLER, *Verfassungsreform in Frankreich*, ZSR 1995/I, S. 201-231
- RAINER KOHLHAMMER, *Völkervertragsrecht in der französischen Rechtsordnung, insbesondere Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, Frankfurt a.M./Berlin/Bern etc. 1998
- CLEMENS LERCHE,
- *Ein Siegel für Europa? – Anmerkungen zum Urteil des Conseil d'Etat vom 20. Oktober 1989, Fall Nicolo*, ZaöRV 1990, S. 599-645

- *Die Kompetenz des französischen Conseil d'Etat zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge. Anmerkungen zum Urteil vom 29. Juni 1990, Fall G.I.S.T.I., ZaöRV 1990, S. 869-890*

FRANÇOIS LUCHAIRE,

- *Art. 61*, in: Luchaire/Conac, S. 1111-1120
- *The Participation of Parliament in the Elaboration and Application of Treaties*, in: Stefan A. Riesenfeld/Frederick M. Abbott (Hrsg.), *Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties: A Comparative Study*, Dordrecht/Boston/London 1994, S. 45-60 u. 458-469

FRANÇOIS LUCHAIRE/GÉRARD CONAC (HRSG.), *La constitution de la république française*, 2. Aufl., Paris 1987

BÉATRICE MÉTRAUX, *France*, in: Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung (Hrsg.), *Staatsrechtliche Auswirkungen der Mitgliedschaft in den Europäischen Gemeinschaften. Zwölf Länderberichte*, Zürich 1991, S. 223-255

NGUYEN QUOC DINH/PATRICK DAILLIER/ALAIN PELLET, *Droit international public*, 6. Aufl., Paris 1999

DAVID PATRICK O'CONNELL, *International Law*, Bd. 1, 2. Aufl., London 1970

PIERRE PACTET, *Textes de droit constitutionnel*, 2. Aufl., Paris 1992

ALAIN PELLET, *Art. 53*, in: Luchaire/Conac, S. 1007-1057

ROGER PINTO, *Art. 55*, in: Luchaire/Conac, S. 1061-1084

JOËL RIDEAU,

- *Droit international et droit interne français*, Paris 1971
- *Constitution et droit international dans les Etats membres des Communautés européennes. Réflexions générales et situation française*, RFDC 1990, S. 259-296

PIERRE-HENRI TEITGEN, *Préambule*, in: Luchaire/Conac, S. 87-113

LUZIUS WILDHABER/STEPHAN BREITENMOSER, *The Relationship between Customary international Law and Municipal Law in Western European Countries*, ZaöRV 1988, S. 163-207

ELISABETH ZOLLER, *Droit constitutionnel*, Paris 1998

C. Das Vereinigte Königreich

PRISCILLA BAINES, *The Evolution of the Scrutiny System in the House of Commons*, in: Giddings/Drewry (Hrsg.), S. 49-89

ERIC BARENDT, *An Introduction to Constitutional Law*, Oxford 1998

ANTHONY H. BIRCH, *The British System of Government*, 10. Aufl., London/New York 1998

VERNON BOGDANOR, *Britain and the European Community*, in: Jeffrey Jowell/Danwn Oliver (Hrsg.), *The Changing Constitution*, 3. Aufl., Oxford 1994, S. 3-31

IAN BROWNLIE, *Principles of public international law*, 5. Aufl., Oxford 1998

GEORG DAHM, *Völkerrecht*, Bd. I, neue Ausgabe bearbeitet von Jost Delbrück und Rüdiger Wolfram, 2. Aufl., Berlin 1989

- ALBERT VENN **DICEY**, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10. Aufl., London 1965/
Indianapolis 1982
- NIGEL **FOSTER**, *Grossbritannien und die Europäische Union: Verfassungsrechtliche Aspekte des Beitritts
und der Mitgliedschaft*, AJP 4/1998, S. 409-416
- PHILIP **GIDDINGS**/GAVIN **DREWRY**, *Scrutiny without power? The Impact of the European Community on
the Westminster Parliament*, in: Giddings/Drewry (Hrsg.), S. 299-316
- PHILIP **GIDDINGS**/GAVIN **DREWRY** (HRSG.), *Westminster and Europe. The impact of the European Union
on the Westminster Parliament*, Houndsmills/Basingstoke/Hampshire/London/New York 1996
- J.A.G. **GRIFFITH**/MICHAEL **RYLE**, *Parliament. Function, Practice and Procedures*, London 1989
- STEPHEN **GROSZ**/JACK **BEATSON**/PETER **DUFFY**, *Human Rights. The 1998 Act and the European
Convention*, London 2000
- WILLIAM **HALSBURY**, *Laws of England*, Bd. 8, 3. Aufl., London 1968
- Halsbury's Laws of England*, LORD HAILSHAM OF ST. MARYLEBONE (HRSG.), **Bd. 8 (2)**, 4. Aufl., London
1996; **Bd. 18 (2)**, 4. Aufl., London 2000; **Bd. 51**, 4. Aufl., London 1986
- DAVID J. **HARRIS**, *Cases and materials on international law*, 3. Aufl., London 1983
- JUTTA **LIMBACH**, *The concept of Supremacy of the Constitution*, MLR 64/2001, S. 1-10
- LORD **LESTER** OF HERNE HILL, *European Human Rights and the British Constitution*, in: Jeffrey
Jowell/Danwn Oliver (Hrsg.), *The Changing Constitution*, 3. Aufl., Oxford 1994, S. 33-53
- COLIN R. **MUNRO**, *Studies in Constitutional Law*, London 1987
- DAVID PATRICK **O'CONNELL**, *International Law*, Bd. 1, 2. Aufl., London 1970
- Oppenheim's international law*, SIR ROBERT JENNINGS/SIR ARTHUR WATTS (HRSG.), 9. Aufl., Avon
1992
- MALCOLM N. **SHAW**, *International Law*, 4. Aufl., Cambridge 1997
- MARTIN **SYCHOLD**, *Vereinigtes Königreich*, in: Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung (Hrsg.),
Staatsrechtliche Auswirkungen der Mitgliedschaft in den Europäischen Gemeinschaften. Zwölf
Länderberichte, Zürich 1991, S. 375-410
- THE RIGHT HONOURABLE THE LORD **TEMPLEMAN**, *Treaty-Making and the British Parliament*, in: Stefan
A. Riesenfeld/Frederick M. Abbott (Hrsg.), *Parliamentary Participation in the Making and
Operation of Treaties: A Comparative Study*, Dordrecht/Boston/London 1994, S. 153-176 u.
449-458
- A. W. **BRADLEY**/K. D. **EWING**, *Constitutional and administrative law*, 12. Aufl., London/New York
1997, S. 245
- RICHARD **WARE**, *Legislation and Ratification: the Passage of the European Communities (Amendment)
Act 1993*, in: Giddings/Drewry (Hrsg.), S. 261-296
- D. C. M. **YARDLEY**, *Introduction to British Constitutional Law*, 7. Aufl., London/Dublin/Edinburgh 1990

D. Die Vereinigten Staaten von Amerika

ANDREAS AUER, *The Supreme Law of the Land. Eléments du droit constitutionnel des Etats-Unis*, Basel/Frankfurt a.M. 1990

JEROME A. BARRON/C. THOMAS DIENES, *Constitutional Law*, 3. Aufl., St. Paul, Minn. 1995

GABY BUCHS, *Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen. Am Beispiel der Rechtsprechung der Gerichte Deutschlands, Österreichs, der Schweiz und der Vereinigten Staaten von Amerika*, Diss. Mainz, Baden-Baden 1993

DOMINIQUE CARREAU, *Droit international*, 5. Aufl., Paris 1997

ANTONIO CASSESE, *Modern Constitutions and international Law*, RC 1985 III, S. 329-475

BERNHARD EHRENZELLER, *Legislative Gewalt und Aussenpolitik – Eine rechtsvergleichende Studie zu den parlamentarischen Entscheidungskompetenzen des deutschen Bundestages, des amerikanischen Kongresses und der schweizerischen Bundesversammlung im auswärtigen Bereich*, Basel 1993

LORI FISLER DAMROSCH, *The Role of the United States Senate Concerning “Self-Executing” and “Non-Self-Executing Treaties”*, in: Riesenfeld/Abbott (Hrsg.), S. 205-221

MICHAEL J. GLENNON, *The Constitutional Power of the United States Senate to Condition its Consent to Treaties*, in: Riesenfeld/Abbott (Hrsg.), S. 223-289

WESLEY L. GOULD, in: Lambertus Erades/Wesley L. Gould, *The Relations between International Law and Municipal Law in the Netherlands and in the United States*, Leyden/New York 1961

DAVID J. HARRIS, *Cases and materials on international law*, 3. Aufl., London 1983

LOUIS HENKIN,

- *International Law as Law in the United States*, 82 Michigan Law Review 1984/Michigan Law Review Association (Hrsg.), Festschrift zu Ehren von Eric Stein, Baden-Baden 1987, S. 417-431
- *International Law: Politics and Values*, Nordrecht etc. 1995

JOHN H. JACKSON, *United States*, in: Francis G. Jacobs, Shelley Roberts (Hrsg.), *The Effect of Treaties in Domestic Law*, Bd. 7, London 1987, S. 141-169

HELEN KELLER, *Rechtsvergleichende Aspekte zur Monismus-Dualismus-Diskussion*, SZIER 1999, S. 225-235

DONALD P. KOMMERS/JOHN E. FINN, *American Constitutional Law*, Belmont/CA-Albany/NY etc. 1998

WILLIAM B. LOCKHART/YALE KAMISAR/JESSE H. CHOPER/STEVEN H. SHRIFFIN/RICHARD H. FALLON, JR., *Constitutional Law. Cases – Comments – Questions*, 8. Aufl., St. Paul, Minn., 1996

JOHN E. NOWAK/RONALD D. ROTUNDA, *Constitutional Law*, 5. Aufl., St. Paul, Minn. 1995

DAVID PATRICK O’CONNELL, *International Law*, Bd. 1, 2. Aufl., London 1970

Oppenheim’s international law, SIR ROBERT JENNINGS/SIR ARTHUR WATTS (HRSG.), 9. Aufl., Avon 1992

- STEFAN A. **RIESENFELD**/FREDERICK M. **ABBOTT**,
 - *Foreword*, in: Riesenfeld/Abbott (Hrsg.), S. 1-18
 - *The Scope of U. S. Senate Control over the Conclusion and Operation of Treaties*, in: Riesenfeld/Abbott (Hrsg.), S. 261-327
- STEFAN A. **RIESENFELD**/FREDERICK M. **ABBOTT (HRSG.)**, *Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties: A Comparative Study*, Dordrecht/Boston/London 1994
- JEAN **RUSSOTTO**, *L'application des traités self-executing en droit américain*, Diss. Lausanne, Montreux 1969
- BERNARD **SCHWARTZ**, *Constitutional Law*, 2. Aufl., New York 1979
- MALCOLM N. **SHAW**, *International Law*, 4. Aufl., Cambridge 1997
- THIEMO **STURNY**, *Die Mitwirkungsrechte der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes*, Diss. Freiburg 1998
- JOHN R. **VILE**, *A Companion to the United States Constitution and its Amendments*, 2. Aufl., Westport 1997
- LUZIUS **WILDHABER**, *Treaty-Making Power and Constitution. An International and Comparative Study*, Basel/Stuttgart 1971

E. Schweden

- MICHAEL **BOGDAN**, *Application of Public international Law by Swedish Courts*, NJIL 63/1994, S. 3-17
- IAIN **CAMERON**, *The Swedish Experience of the European Convention on Human Rights since Incorporation*, I. C. L. Q. 1999, S. 20-56
- IAIN **CAMERON**/MAJA KIRILOVA **ERIKSSON**, *An Introduction to the European Convention on Human Rights*, Uppsala 1993
- BERTIL **COTTIER**, *Suède*, in: Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung (Hrsg.), *Staatsrechtliche Auswirkungen einer Mitgliedschaft in der Europäischen Union. Vier juristische Studien im Rahmen des Integrationsberichts*, Zürich 1999, S. 243-261
- INGRID **DETTET**,
 - *International Law*, Jagellonica 1993
 - *The International Legal Order*, Aldershot etc. 1994
- STIG **HADENIUS**, *The Riksdag in Focus. Swedish History in a Parliamentary Perspective*, Arlöv 1997
- ERIK **HOLMBERG**/NILS **STJERNQUIST**, *Einleitung*, in: Schwedischer Reichstag (Hrsg.), *Schwedische Grundgesetze: die Verfassung, die Sukzessionsordnung (das Thronfolgesetz) und das Pressegesetz sowie die Geschäftsordnung des Reichstags*, Stockholm 1992
- SØREN STENDERUP **JENSEN**, *The Application of the European Convention on Human Rights in Domestic Scandinavian Law*, Sc. St. L. 35/1991
- ERIC **LINDSTRÖM**, *The Swedish Parliamentary System. How responsibilities are divided and decisions are made*, Stockholm 1983

LEE MILES, *Sweden and European Integration*, Aldershot 1997

OLLE NYMAN, *Some Basic Features of Swedish Constitutional Law*, in: Stig Strömholm, *An Introduction to Swedish Law*, 2. Aufl, Stockholm 1988, S. 47-77

IV. Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung in der Schweiz

URSULA ABDERHALDEN,

- *Möglichkeiten und Grenzen interkantonaler Zusammenarbeit. Unter besonderer Berücksichtigung der internationalen Integration der Schweiz*, Diss. Freiburg 1999
- *Die Kompetenzen von Bund und Kantonen in der Aussenpolitik*, in: Hänni, S. 118-150
- *Möglichkeiten und Grenzen der interkantonalen Zusammenarbeit bei der internationalen Integration der Schweiz*, in: Hänni, S. 323-328

ALBERTO ACHERMANN, *Der Vorrang des Völkerrechts*, in: Cottier/Achermann/Wüger/Zellweger, S. 33-92

PASCAL ARNOLD, *Ius cogens als materielle Schranke der Verfassungsrevision*, in: Fleiner/Forster/Misic/Thalmann, S. 53-69

JEAN-FRANÇOIS AUBERT,

- *L'autorité, en droit interne, des traités internationaux*, ZSR 1962/I, S. 265-287
- *La hiérarchie des règles*, in: Schweizerischer Juristenverein (Hrsg.), *Recueil de travaux*, Basel 1974, S. 193-222
- *Observations d'un constitutionnaliste sur l'évolution des sources du droit international*, SJIR 1989, S. 13-38
- *Bundesstaatsrecht der Schweiz*, Basel/Frankfurt a.M. 1991/1995 (*Traité de droit constitutionnel*, Neuchâtel 1967, und *Supplément 1967-1982*, Neuchâtel 1982, mit aktualisierten Nachträgen, auf die mit *ad* verwiesen wird; mit Zusatz „(1982)“ wird auf das *Supplément* von 1982 verwiesen. Etwaige Nachträge sind auch ohne speziellen Hinweis immer mitgemeint.)
- *Des nuances s'il vous plaît*, *Domaine public*, n° spécial 1183 vom 22. November 1994, S. 20-22
- *Réforme des droits populaires fédéraux*, AJP 8/1995, S. 990-1003
- *La révision totale de la Constitution fédérale*, in: Epiney/Siegwart, S. 103-115
- *Faut-il étendre les droits populaires ?*, in: Delley, S. 101-110
- *Le Conseil fédéral face à la propagande subversive. Observations sur un arrêt du Tribunal fédéral, du 26 juillet 1999, dans la cause A. contre Conseil fédéral*, ATF 125 II 419-430, *medialex* 1/2000, S. 33-37

JEAN-FRANÇOIS AUBERT/KURT EICHENBERGER/JÖRG PAUL MÜLLER/RENÉ A. RHINOW/DIETRICH SCHINDLER (HRSG.), *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*, Basel/Zürich/Bern 1987 ff.

ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, **Bd. I**, *L'Etat*; **Bd. II**, *Les droits fondamentaux*; Bern 2000

Aussenpolitischer Bericht 2000 des Bundesrates, vom 15. November 2000, BBl 2001, S. 261-356

GIOVANNI BIAGGINI, *Das Verhältnis der Schweiz zur internationalen Gemeinschaft. Neuerungen im Rahmen der Verfassungsreform*, AJP 6/1999, S. 722-729

Botschaft des Bundesrates **über eine neue Bundesverfassung**, vom 20. November 1996, BBl 1997 I, S. 1-648

GABY **BUCHS**, *Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen. Am Beispiel der Rechtsprechung der Gerichte Deutschlands, Österreichs, der Schweiz und der Vereinigten Staaten von Amerika*, Diss. Mainz, Baden-Baden 1993

OTHMAR **BÜHLER**, *Die Staatsverträge der Kantone*, LeGes 1999/3, S. 75-85

IVO G. **CAYTAS**, *Vorrang des Völkerrechts im Landesrecht? Ungelöste Grundfragen der schweizerischen Position*, Berlin 1980

THOMAS **COTTIER**,

- *Die **Globalisierung** des Rechts – Herausforderung für Praxis, Ausbildung und Forschung*, ZbJV 1997, S. 217-241
- *Die Auswirkungen der **Uruguay-Runde** auf die internen Entscheidungsprozesse der Schweiz: ein Rückblick*, LeGes 1999/3, S. 39-47
- *Einleitung und **Synthesen** zu Cottier/Achermann/Wüger/Zellweger*, S. 1-31

THOMAS **COTTIER**/ALBERTO **ACHERMANN**/DANIEL **WÜGER**/VALENTIN **ZELLWEGER**, *Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht. Beiträge zu Verhältnis und methodischer Angleichung von Völkerrecht und Bundesrecht*, Bern 2001

THOMAS **COTTIER**/CHRISTOPHE **GERMANN**, *Die Partizipation bei der Aushandlung neuer völkerrechtlicher Bindungen: verfassungsrechtliche Grundlagen und Perspektiven*, in: Thürer/Aubert/Müller, S. 77-96

THOMAS **COTTIER**/MAYA **HERTIG**, *Das Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung: Stellung und Auswirkungen*, in: Zimmerli (Hrsg.), S. 1-34

THOMAS **COTTIER**/FRISTA **NADAKAVUKAREN SCHEFER**, *Switzerland: The challenge of direct democracy*, in: John H. Jackson/Alan Sykes (Hrsg.), *Implementing the Uruguay Round*, Oxford 1997, S. 333-363

THOMAS **COTTIER**/SERGE **PANNATIER**, *Staatsverträge*, **SJK 384, 385 u. 386**, Genf 1996

THOMAS **COTTIER**/DANIEL **WÜGER**, *Auswirkungen der Globalisierung auf das Verfassungsrecht: Eine Diskussionsgrundlage*, in: Sitter-Liver, S. 241-281

THOMAS **COTTIER**/DANIEL **WÜGER**/VALENTIN **ZELLWEGER**,

- *Der Staatsvertrag im Verfassungsrecht: Auf dem Weg einer **Angleichung** von Vertrag und Gesetz*, LeGes 1999/3, S. 15-32
- *Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht*, Studie im Rahmen des NFP „Aussenpolitik“, **Synthesebericht**, Bern 2000

JEAN-DANIEL **DELLEY** (HRSG.), *Démocratie directe et politique étrangère en Suisse/Direkte Demokratie und Aussenpolitik in der Schweiz*, Actes du Colloque organisé les 19-20 février 1999 par le C2D (Centre d'études et de documentation sur la démocratie directe), Basel/Genf/München 1999

CHRISTIAN **DOMINICÉ**, *Le droit international coutumier dans l'ordre juridique suisse*, Mémoires de la Faculté de droit de Genève, Nr. 27, Genf 1969, S. 11-35; auch in: Christian Dominicé, *L'ordre juridique international entre tradition et innovation. Recueil d'études*, Paris 1997, S. 397-419

BERNHARD EHRENZELLER,

- *Legislative Gewalt und Aussenpolitik – Eine rechtsvergleichende Studie zu den parlamentarischen Entscheidungskompetenzen des deutschen Bundestages, des amerikanischen Kongresses und der schweizerischen Bundesversammlung im auswärtigen Bereich*, Basel 1993
- *Sollen die Volksrechte ausgebaut werden?*, in: Delley, S. 111-129
- *Mehr, weniger oder andere Volksrechte in der Aussenpolitik? Direkte Demokratie und Internationalisierung des Rechts im Spannungsfeld*, NZZ Nr. 157 vom 8./9. Juli 2000, S. 89

BERNHARD EHRENZELLER/PHILIPPE MASTRONARDI/RENÉ SCHAFFHAUSER/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS A. VALLENDER (HRSG.), *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen*, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen SZ 1998

ASTRID EPINEY,

- *Das Primat des Völkerrechts als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips*, ZBl 1994, S. 537-456
- *Beziehungen zum Ausland*, in: Thürer/Aubert/Müller, S. 871-887

ASTRID EPINEY/KARINE SIEGWART (HRSG.), *Direkte Demokratie und Europäische Union – Démocratie directe et Union européenne*, Freiburg 1997

THOMAS FLEINER-GERSTER, *Völkerrecht – Landesrecht. Rechtsvergleichende Überlegungen zum Verhältnis des Landesrechts zum internationalen Recht*, in: Walter Haller/Alfred Kölz/Georg Müller/Daniel Thürer (Hrsg.), *Im Dienste der Gemeinschaft*, Festschrift für Dietrich Schindler, Basel/Frankfurt a. M. 1989, S. 687-699

THOMAS FLEINER/PETER FORSTER/ALEXANDER MISIC/URS THALMANN (HRSG.), *Die neue schweizerische Bundesverfassung. Föderalismus, Grundrechte, Wirtschaftsrecht und Staatsstruktur*, Basel/Genf/München 2000

DANIEL FREI, *Die internationale Umwelt als Rahmenbedingung der schweizerischen Politik und die Gestaltung der schweizerischen Aussenbeziehungen*, in: Alois Riklin (Hrsg.), *Handbuch Politisches System Schweiz*, Bd. 1, Bern 1983, S. 465-537

THOMAS GÄCHTER/MARTIN BERTSCHI (HRSG.), *Neue Akzente in der „nachgeführten“ Bundesverfassung*, Zürich 2000

Gemeinsame Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht, vom 26. April 1989, *Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht im Rahmen der schweizerischen Rechtsordnung*, VPB 53 (1989) Nr. 54, S. 393-436

RAIMUND E. GERMANN, *Alpeninitiative und Transitvertrag: die Folgen einer Kollision*, NZZ Nr. 119 vom 25. Mai 1994, S. 23

MARTIN GRAF, *Gewaltenteilung und neue Bundesverfassung*, ZBl 2000, S. 1-15

ANDRÉ GRISEL, *A propos de la hiérarchie des normes juridiques*, ZBl 1987, S. 377-395

ETIENNE GRISEL,

- *Das Verhältnis zwischen direkter Demokratie und völkerrechtlichen Verträgen*, ZBl 1996, S. 437-450
- *Initiative et référendum populaires. Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse*, 2. Aufl., Bern 1997
- *Les droits populaires au niveau fédéral*, in: Thürer/Aubert/Müller, S. 383-396

PAUL GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, Genf 1967

ARTHUR HAEFLIGER,

- *Die Schweiz und die Europäische Menschenrechtskonvention*, ZSR 1985/I, S. 455-468
- *Die Hierarchie von Verfassungsnormen und ihre Funktion beim Schutz der Menschenrechte*, EuGRZ 1990, S. 474-482

ARTHUR HAEFLIGER/FRANK SCHÜRMANN, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz. Die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis*, 2., vollst. neu bearb. Aufl., Bern 1999

ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 5. Aufl., Zürich 2001

WALTER HALLER, *Art. 113*, in: Aubert/Eichenberger/Müller/Rhinow, Kommentar BV (Stand Mai 1995)

YVO HANGARTNER,

- *Völkerrecht und schweizerisches Landesrecht*, in: Walter R. Schluep (Hrsg.), *Recht, Staat und Politik am Ende des zweiten Jahrtausends. Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller*, Bern 1993, S. 651-681
- *Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit*, AJP 8/1995, S. 1013-1023
- *Der Entwurf einer nachgeführten Bundesverfassung*, AJP 2/1997, S. 139-155
- *Völkerrecht und Landesrecht im Widerspruch – Ein Problem von Verfassungspraxis und Verfassungsreform*, NZZ Nr. 173 vom 29. Juli 1997, S. 13
- *Bemerkungen zum Bundesgerichtsentscheid W., vom 12. Mai 1997*, AJP 10/1998, S. 1244-1245
- *Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht. Auslegeordnung eines Kernproblems von Verfassungspraxis und Verfassungsreform*, SJZ 1998, S. 201-208

YVO HANGARTNER/ANDREAS KLEY, *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zürich 2000

PETER HÄNNI (HRSG.), *Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration. Die Rolle der Kantone in einem sich wandelnden internationalen Kontext*, Zürich 2000

PETER HÄNNI/THIEMO STURNY, *Die Europakompatibilität des Föderalismus. Partizipation als Antwort auf zunehmende Integration*, NZZ Nr. 290 vom 14. Dezember 1998, S. 11

BENEDIKT HOFFMANN, *Neuere Entwicklungen im Verhältnis von Völker- und Landesrecht*, SJZ 1998, S. 459-461

PATRICK EDGAR HOLZER, *Die Ermittlung der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen*, Diss. Bern, Zürich 1998

TOBIAS JAAG,

- *Der Einfluss des europäischen Rechts auf das kantonale Staats- und Verwaltungsrecht*, in: Peter Forstmoser/Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Dieter Zobl, *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz. Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag*, Zürich 1999, S. 713-731
- *Die Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union. Eine Bestandesaufnahme nach der Zustimmung zu den sektoriellen Abkommen von 1999*, ZSR 2000/I, S. 223-252

OLIVIER JACOT-GUILLARMOD,

- *Fondements juridiques internationaux de la primauté du droit international dans l'ordre juridique suisse*, ZbJV 1984, S. 227-244
- *La primauté du droit international face à quelques principes directeurs de l'Etat fédéral suisse*, ZSR 1985/I, S. 383-428
- *L'application directe des traités internationaux en Suisse: histoire d'un détour inutile*, SJIR 1989, S. 129-151

- *Le juge suisse face au droit européen*, ZSR 1993/I, S. 227-576

WALTER KÄLIN,

- *Verfassungsgrundsätze der schweizerischen Aussenpolitik*, ZSR 1986/II, S. 249-383
- *Der Geltungsgrund des Grundsatzes "Völkerrecht bricht Landesrecht"*, in: Guido Jenny/Walter Kälin (Hrsg.), *Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen*, Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1988, ZbJV 1988, S. 45-65
- *Internationale Menschenrechtsgarantien als Schranke der Revision von Bundesverfassungsrecht. Das Beispiel völkerrechtswidriger Asylinitiativen*, AJP 3/1993, S. 243-257
- *Schubert und der Rechtsstaat oder: Sind Bundesgesetze massgeblicher als Staatsverträge?*, ZSR 1993/II, S. 73-77
- *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*, 2., vollst. überarb. u. erg. Aufl., Bern 1994
- *Völkerrecht und Demokratie. Zum Spannungsverhältnis zwischen Staatsverträgen und Bundesgesetzen*, NZZ Nr. 104 vom 7. Mai 1997, S. 17

WALTER KÄLIN/GIORGIO MALINVERNI/MANFRED NOWAK, *Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakete*, 2., stark erw. Aufl., Basel/Frankfurt a.M./Brüssel 1997

MARTIN KAYSER, *Grundrechte als Schranke der schweizerischen Verfassungsgebung*, Diss. Zürich 2001

MARTIN KAYSER/DAGMAR RICHTER, *Die neue schweizerische Bundesverfassung*, ZaöRV 1999, S. 985-1063

HELEN KELLER, *Rechtsvergleichende Aspekte zur Monismus-Dualismus-Diskussion*, SZIER 1999, S. 225-235

ANDREAS KLEY, *Bemerkungen zum Bundesgerichtsentscheid A. g. Bundesrat, vom 26. Juli 1999 (BGE 125 II 417)*, AJP 11/1999, S. 1491-1494

ARNOLD KOLLER,

- *Direkte Demokratie und Staatsverträge: Die Verfassung auf dem Prüfstand*, LeGes 1993/1, S. 11-24
- *Verfassungsreform als Chance der Erneuerung*, in: Yvo Hangartner/Bernhard Ehrenzeller, *Reform der Bundesverfassung/Réforme de la Constitution fédérale*, Beiträge zum Verfassungsentwurf vom 19. Juni 1995, St. Gallen 1995, S. 9-14

Konferenz der Kantonsregierungen, *Verfassungsreform als Föderalismusreform. Der Verfassungsentwurf aus der Sicht der Kantone*, Zürich 1997

MATHIAS-CHARLES KRAFFT, *Observations sur les rapports entre le droit international et le droit suisse, à la lumière notamment de certains développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in: Bernard Dutoit/Etienne Grisel (Hrsg.), *Mélanges Georges Perrin*, Lausanne 1984, S. 187-197

PIERRE LARDY, *La force obligatoire du droit international en droit interne*, Diss. Neuchâtel 1966

ALDO LOMBARDI,

- *Verwirklichung des EWR-Abkommens durch Bund und Kantone*, in: Olivier Jacot-Guillarmod (Hrsg.), *Accord EEE, commentaires et réflexions*, Collection de droit européen, Bd. 9, Zürich 1992, S. 721-770
- *Volksrechte und Bundesbehörden in der neuen Bundesverfassung*, AJP 6/1999, S. 706-721

GIORGIO MALINVERNI,

- *L'article 113 al. 3 de la Constitution fédérale et le contrôle de conformité des lois fédérales à la Convention européenne des droits de l'homme*, in: Francis Cagianut/Willi Geiger/Yvo Hangartner/Ernst Höhn, Festschrift für Otto K. Kaufmann, Bern/Stuttgart 1989, S. 381-397
- *L'indépendance de la Suisse dans un monde interdépendant*, ZSR 1998/II, S. 1-137

NICOLAS MICHEL, *L'imprégnation du droit étatique par l'ordre juridique national*, in: Thürer/Aubert/Müller, S. 63-75

JACQUELINE BÉATRICE MOERI, *Die Kompetenzen der Bundesversammlung in den auswärtigen Angelegenheiten*, Diss. St. Gallen 1990

JEAN MONNIER, *Les principes et les règles constitutionnels de la politique étrangère suisse*, ZSR 1986/II, S. 107-247

JÖRG PAUL MÜLLER,

- *Völkerrecht und schweizerische Rechtsordnung*, in: Riklin/Haug/Binswanger, S. 223-236
- *Materiale Schranken der Verfassungsrevision?*, in: Stefan Trechsel/Yvo Hangartner (Hrsg.), *Völkerrecht im Dienste des Menschen*, Festschrift für Hans Haug, Bern/Stuttgart 1986, S. 195-203

JÖRG PAUL MÜLLER/LUZIUS WILDHABER, *Praxis des Völkerrechts*, 3. Aufl., Bern 2001; wo angegeben, wird auf die 2. Aufl., Bern 1982, verwiesen

STEFAN OETER, *Die Beschränkung der Normenkontrolle in der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit. Ein Beitrag zu Entstehung und gegenwärtiger Bedeutung des Art. 113 Abs. 3 der Schweizer Bundesverfassung*, ZaöRV 1990, S. 545-598

ROBERT PATRY, *Le Tribunal fédéral et le droit international*, Mélanges Assista, Genève 1989, S. 519-531

GEORGES PERRIN,

- *Les Rapports entre le droit international et le droit interne, en particulier dans l'arrêt Barcelona Traction*, in: Festschrift für Bernhard C. H. Aubin, Strassburg 1979, S. 107-128
- *Droit international public*, Zürich 1999

THOMAS PFISTERER,

- *Von der Rolle der Kantone in der Aussenpolitik. Ein Beitrag zur aktuellen politischen Diskussion*, ZBl 1996, S. 544-557
- *Auslandbeziehungen der Kantone*, in: Thürer/Aubert/Müller, S. 525-546

RENÉ RHINOW,

- *Volksrechte und Aussenpolitik in der Schweiz*, in: Epiney/Siegwart, S. 93-101
- *Die Bundesverfassung 2000. Eine Einführung*, unter Mitarbeit von Urs Thönen/Ruth Lüthi/Raimund Renggli, Basel 2000

ALOIS RIKLIN/HANS HAUG/HANS CHRISTOPH BINSWANGER (HRSG.), *Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik*, Bern 1975

ALOIS RIKLIN/HANS HAUG/RAYMOND PROBST (HRSG.), *Neues Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik*, Bern 1992

CLAUDE ROUILLER, *L'extradition du condamné par défaut: illustration des rapports entre l'ordre constitutionnel autonome, le « jus cogens » et le droit des traités*, in: Piermarco Zen-

Ruffinen/Andreas Auer (Hrsg.), *De la Constitution, Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Basel/Frankfurt a.M. 1996, S. 647-659

THOMAS SÄGESSER, *Die Bestimmungen über die Bundesbehörden in der neuen Bundesverfassung*, LeGes 1999/1, S. 11-49

THOMAS SÄGESSER (HRSG.), *Die Bundesbehörden. Kommentar, Beiträge und Materialien zum 5. Titel der schweizerischen Bundesverfassung*, Bern 2000

PETER SALADIN, *Völkerrechtliches ius cogens und schweizerisches Landesrecht*, Guido Jenny/Walter Kälin (Hrsg.), *Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen*, Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1988, ZbJV 1988, S. 67-96

DIETRICH SCHINDLER,

- *Art. 8*, in: Aubert/Eichenberger/Müller/Rhinow, *Kommentar BV* (Stand Juni 1988)
- *Art. 9*, in: Aubert/Eichenberger/Müller/Rhinow, *Kommentar BV* (Stand Juni 1988)
- *Art. 10*, in: Aubert/Eichenberger/Müller/Rhinow, *Kommentar BV* (Stand Juni 1988)
- *Art. 85 Ziff. 5*, in: Aubert/Eichenberger/Müller/Rhinow, *Kommentar BV* (Stand Oktober 1989)
- *Art. 102 Ziff. 8*, in: Aubert/Eichenberger/Müller/Rhinow, *Kommentar BV* (Stand Oktober 1989)
- *Die Schweiz und das Völkerrecht*, in: Riklin/Haug/Probst, S. 99-119
- *Der Vorrang des Völkerrechts und des Europarechts vor dem nationalen Recht als Problem der demokratischen Legitimation des Rechts*, in: Isaak Meier/Kurt Siehr (Hrsg.), *Rechtskollisionen*, Festschrift für Anton Heini, Zürich 1995, S. 321-333
- *Zwischenstaatliche Interdependenz und Demokratie*, in: Piermarco Zen-Ruffinen/Andreas Auer (Hrsg.), *De la Constitution, Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Basel/Frankfurt a.M. 1996, S. 283-291
- *Der Weg vom „geschlossenen“ zum „offenen“ Verfassungsstaat*, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schaffhauser/Schweizer/Vallender, S. 1027-1041
- *Völkerrecht und Demokratie*, in: Gerhard Hafner/Gerhard Loibl/Alfred Rest *et al.* (Hrsg.), *Liber amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern, in honour of his 80th birthday*, Den Haag/London/Boston 1998, S. 611-630
- *Die Entwicklung des direktdemokratischen Instrumentariums in der Aussenpolitik*, in: Delley, S. 19-39

NICOLAS SCHMITT, *La participation des cantons au processus de décision au niveau fédéral et aux affaires étrangères*, in: Fleiner/Forster/Misic/Thalmann, S. 191-212

PETER SCHÖNENBERGER, *Stellung und Mitwirkung der Kantone in der Aussenpolitik*, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schaffhauser/Schweizer/Vallender, S. 749-765

RENÉ SCHWAB, *Ziele der Aussenpolitik (Art. 54 BV)*, in: Gächter/Bertschi, S. 183-202

RAINER J. SCHWEIZER,

- *Die schweizerischen Gerichte und das europäische Recht*, ZSR 1993/II, S. 577-766
- *Internationalrechtliche Einwirkungen auf Organisation und Verfahren der Justiz in Bund und Kantonen*, in: Christian J. Meier-Schatz/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), *Recht und Internationalisierung*, Festgabe der Juristischen Abteilung der Universität St. Gallen zum Juristentag 2000, Zürich 2000, S. 79-92

RAINER J. SCHWEIZER/STEPHAN C. BRUNNER, *Die Mitwirkung der Bundesländer an EU-Vorhaben in der Bundesrepublik Deutschland und in Österreich. Ein Modell für die Mitwirkung der Kantone in der Aussenpolitik*, Swiss Papers on European Integration, Bern/Zürich 1998

HANSJÖRG SEILER,

- *Das völkerrechtswidrige **Bundesgesetz**; Art. 113 Abs. 3 BV im Verhältnis zu Völkerrecht, EG und EWR*, SJZ 1992, S. 377-387
- *Noch einmal: Staatsvertrag und Bundesgesetz. Replik auf den Diskussionsbeitrag von Astrid Epiney in ZBl 95/1994, 537-561*, ZBl 1995, S. 451-457
- *Die nationale **Verfassung** im Kontext von inter- und supranationalen politischen Regelwerken*, in: Sitter-Liver, S. 283-319

PAUL SIEGENTHALER, *Völkerrecht und Landesrecht nach schweizerischer Rechtsordnung. Das Problem des Staatsvertragsrechts im Landesrecht*, ZbJV 1984, S. 201-226

KARINE SIEGWART, *Die Kantone und die Europapolitik des Bundes*, Diss. Freiburg 1997

BEAT SITTER-LIVER (HRSG.), *Herausgeforderte Verfassung. Die Schweiz im globalen Kontext*, 16. Kolloquium (1997) der Schweizerischen Akademie der Geistes- und Sozialwissenschaften, Freiburg 1999

URS STEIMEN, *Rechtsetzungsaufträge des Bundes an die Kantone*, Diss. Zürich 1999

SIMONETTA STIRLING-ZANDA, *L'application judiciaire du droit international coutumier. Etude comparée de la pratique européenne*, Zürich 2000

THIEMO STURNY,

- *Die **Mitwirkungsrechte** der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes*, Diss. Freiburg 1998
- *Die **Mitwirkung** der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes*, in: Hänni, S. 201-266

URS THALMANN, *Die Umsetzung internationalen Rechts durch die Kantone*, in: Hänni, S. 267-321

DANIEL THÜRER,

- ***Föderalismus** und Regionalismus in der schweizerischen Aussenpolitik: Zum Verhältnis von Bundeskompetenzen und kantonalen Kompetenzen unter veränderten Umständen*, ZBl 1992, S. 49-73
- *Europäisches und weltweites **Verfassungsdenken**. Krise und Relevanz des institutionellen Europa?*, in: Thürier, Perspektive Schweiz, S. 231-235; Erstveröffentlichung in der NZZ vom 18. Mai 1993, S. 23
- *Internationales „**Rule of Law**“ – innerstaatliche Demokratie*, SZIER 1995, S. 455-478; gekürzt in NZZ Nr. 8 vom 11. Januar 1995, S. 15
- ***Bundesverfassung und Völkerrecht***, in: Aubert/Eichenberger/Müller/Rhinow/Schindler, Kommentar BV (Stand Mai 1995); auch in: Thürier, Perspektive Schweiz, S. 59-91
- *Der **Verfassungsstaat** von aussen gesehen – eine Skizze*, ZSR 1995/I, S. 273-292, auch in: Thürier, Perspektive Schweiz, S. 59-91
- ***Perspektive Schweiz**. Übergreifendes Verfassungsdenken als Herausforderung*, Zürich 1998
- *Völkerrecht und Landesrecht. **Thesen** zu einer theoretischen Problemumschreibung*, SZIER 1999, S. 217-224
- *Recht der internationalen Gemeinschaft und **Wandel** der Staatlichkeit*, in: Thürier/Aubert/Müller, S. 37-61
- ***Verfassungsrecht** und Völkerrecht*, in: Thürier/Aubert/Müller, S. 179-206

DANIEL THÜRER/JEAN-FRANÇOIS AUBERT/JÖRG PAUL MÜLLER (HRSG.), *Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse*, Zürich 2001

PIERRE TSCHANNEN, *Stimmrecht und politische Verständigung. Beiträge zu einem erneuerten Verständnis von direkter Demokratie*, Zürich 1995

MARK E. VILLIGER,

- *Die Wirkungen der Entscheide der EMRK-Organen im innerstaatlichen Recht, namentlich in der Schweiz*, ZSR 1985/I, S. 469-516
- *Die Unterstellung eines Staatsvertrages unter das Referendum. Verfassungsauslegung und -wandel am Beispiel von Art. 89 Abs. 3-5 BV*, in: Walter Haller/Alfred Kölz/Georg Müller/Daniel Thürer (Hrsg.), *Im Dienste der Gemeinschaft*, Festschrift für Dietrich Schindler, Basel/Frankfurt a. M. 1989, S. 799-809
- *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die schweizerische Rechtsordnung*, EuGRZ 1991, S. 81-89
- *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage*, 2. Aufl., Zürich 1999
- *EMRK und UNO-Menschenrechtspakete*, in: Thürer/Aubert/Müller, S. 647-656

LUZIUS WILDHABER,

- *Treaty-Making Power and Constitution. An International and Comparative Study*, Basel/Stuttgart 1971
- *Menschenrechte – Föderalismus – Demokratie und die verfassungsrechtliche Verankerung der Aussenpolitik*, in: Ulrich Häfelin/Walter Haller/Dietrich Schindler (Hrsg.), *Menschenrechte – Föderalismus – Demokratie*, Festschrift zum 70. Geburtstag von Werner Kägi, Zürich 1979, S. 423-441; auch in: Wildhaber, Wechselspiel, Basel/Frankfurt a.M. 1996, S. 145-164
- *Das neue Staatsvertragsreferendum*, in: Emmanuel Diez/Jean Monnier/Jörg Paul Müller *et al.*, Festschrift für Rudolf Bindschedler, Bern 1980, S. 201-226
- *Legalitätsprinzip und Aussenpolitik – eine Problemskizze*, in: Wildhaber, Wechselspiel, S. 165-177; Erstveröffentlichung in: Edouard Brunner/Franz E. Muheim/Rolf Stücheli/Paul Widmer (Hrsg.), *Einblick in die schweizerische Aussenpolitik*, Festschrift zum 65. Geburtstag von Staatssekretär Raymond Probst, Zürich 1984, S. 443-460
- *Art. 118*, in: Aubert/Eichenberger/Müller/Rhinow/Schindler, *Kommentar BV* (Stand Juni 1988)
- *Rechtsfragen der Verfassungsrevision: Materielle Schranken, materielle Totalrevision, Abstimmungsverfahren bei Totalrevisionen*, in: Wildhaber, Wechselspiel, S. 545-552; Erstveröffentlichung in: Francis Cagianut/Willi Geiger/Yvo Hangartner/Ernst Höhn, Festschrift für Otto K. Kaufmann, Bern/Stuttgart 1989, S. 43-49
- *Aussenpolitische Kompetenzordnung im schweizerischen Bundesstaat*, in: Riklin/Haug/Probst, S. 121-149; auch in: Wildhaber, Wechselspiel, S. 178-207
- *Parliamentary Participation in Treaty-Making. Report on Swiss Law*, in: Stefan A. Riesenfeld/Frederick M. Abbott (Hrsg.), *Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties: A Comparative Study*, Dordrecht/Boston/London 1994, S. 131-151, 495-512
- *Neues zur Gültigkeit von Initiativen*, in: Piermarco Zen-Ruffinen/Andreas Auer (Hrsg.), *De la Constitution*, Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert, Basel/Frankfurt a.M. 1996, S. 293-299
- *Wechselspiel zwischen innen und aussen. Schweizer Landesrecht, Rechtsvergleichung, Völkerrecht*, Basel/Frankfurt a.M. 1996

LUZIUS WILDHABER/STEPHAN BREITENMOSER, *The Relationship between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries*, ZaöRV 1988, S. 163- 207

CHRISTOPH WILHELM, *Introduction et force obligatoire de traités internationaux dans l'ordre juridique suisse*, Diss. Lausanne 1992

DANIEL WÜGER, *Die direkte Anwendbarkeit staatsvertraglicher Normen*, in: Thomas Cottier/Alberto Achermann/Daniel Wüger/Valentin Zellweger, *Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht. Beiträge zu Verhältnis und methodischer Angleichung von Völkerrecht und Bundesrecht*, Bern 2001, S. 93-250

VALENTIN **ZELLWEGER**,

- ***Völkerrecht** und Bundesstaat. Mittel des Völkerrechts zur Vereinbarung von Staatsvertrags- und Bundesstaatsrecht*, Diss. Basel 1991, Berlin 1992
- *Die demokratische Legitimation von Staatsverträgen*, LeGes 1999/3, S. 33-38
- *Die demokratische Legitimation staatsvertraglichen Rechts*, in: Cottier/Achermann/Wüger/Zellweger, S. 251-416

ULRICH **ZIMMERLI**,

- *Bund – Kantone – Gemeinden*, in: Zimmerli (Hrsg.), S. 35-62
- ***Bundesversammlung***, in: Thürer/Aubert/Müller, S. 1027-1045

ULRICH **ZIMMERLI (HRSG.)**, *Die neue Bundesverfassung*, Bern 2000

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AD	Annual Digest of Public International Law Cases
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, vom 29. Mai 1874 (AS 1 1)
AC	Appeal Cases (British House of Lords)
AFDI	Annuaire français de droit international
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJIL	American Journal of International Law
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
All. ER	The All England Law Reports (1936-)
Amtl. Bull. NR	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat (bis 1963: Sten. Bull. NR)
Amtl. Bull. StR	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat (bis 1963: Sten. Bull. StR)
ANAG	Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, vom 26. März 1931 (SR 142.20)
Ann. CDI	Annuaire de la Commission de droit international
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
BAnz.	Bundesanzeiger
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BDGV	Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BGMK	Bundesgesetz über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes, vom 22. Dezember 1999 (BGMK; SR 138.1)
BS	Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen
Bst.	Buchstabe
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre civile)

Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
BullBReg	Bulletin der Bundesregierung
Burr.	Burrow's Reports (KB 1757-1771)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, vom 18. April 1999 (SR 101)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, Fassung vom 11. August 1993
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
Ch.	Chancery Division
Ch. Cas.	Cases in Chancery (1160-1679)
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (= EMRK)
CF	Costituzione federale della Confederazione Svizzera (<i>in casu</i> del 28 maggio 1874, = aBV)
CIJ	Cour internationale de Justice (= IGH)
CMLR	Common Market Law Review
CPA	Cour permanente d'arbitrage
CPJI	Cour permanente de Justice internationale
Cranch	Cranch (5 US - 13 US)
Cst.	Constitution
CVP	Christlichdemokratische Volkspartei der Schweiz
D.	Dalloz
Dall.	Dallas (1 US - 4 US)
DF	Decreto Federale
Diss.	Dissertation
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EADeM	dieselbe
EDA	Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten
EFTA	European Free Trade Association (Europäische Freihandels-Assoziation)
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, vom 25. März 1957
EIMP	Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, du 20 mars 1981 (RS 351.1) (= IRSG)
EJIL	European Journal of International Law

EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, vom 4. November 1950 (SR 0.101)
EPD	Eidgenössisches Politisches Departement
<i>et al.</i>	<i>et alii</i> (und andere)
ETH	Eidgenössische Technische Hochschule
EU	Europäische Union
EUeA	Europäisches Auslieferungs-Übereinkommen, vom 13. Dezember 1957 (SR 0.353.1)
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
EVD	Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement
EVED	Eidgenössisches Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement
EVP	Evangelische Volkspartei
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
Ex. D.	Exchequer Division of the English High Court of Justice
F.	Federal Reporter (1880-1924)
F. 2d	Federal Reporter, second series (1924 ff.)
F. Supp.	Federal Supplement
FDP	Freisinnig-demokratische Partei der Schweiz
Fn.	Fussnote
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen)
Giff.	Giffard's Vice-Chancellors' Reports (1857-1865)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, vom 23. Mai 1949
GSoA	Gruppe Schweiz ohne Armee
GVG	Bundesgesetz über den Geschäftsverkehr der Bundesversammlung sowie über die Form, die Bekanntmachung und das Inkrafttreten ihrer Erlasse (Geschäftsverkehrsgesetz), vom 23. März 1962 (SR 171.11)
H. L.	House of Lords
HC	House of Commons Paper
How.	Howard (42 US - 65 US)
I. C. L. Q.	International and Comparative Law Quarterly
i. S.	in Sachen

IAO	Internationale Arbeitsorganisation (= ILO)
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> (ebenda)
IDEM	(derselbe)
IGH	Internationaler Gerichtshof (= CIJ)
IGH-Statut	Statut des Internationalen Gerichtshofs, vom 26. Juni 1945 (SR 0.193.501)
IKRK	Internationales Komitee vom Roten Kreuz
ILM	International Legal Materials
ILO	International Labour Organization (=IAO)
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
IRSG	Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen, vom 20. März 1981 (Rechtshilfegesetz, SR 351.1)
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, vom 19. Juni 1959 (SR 831.20)
JCP	Jurisclassseurs périodiques
JDI	Journal du droit international
JIL	Indian Journal of International Law
JO	Journal officiel de la République Française
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
Kap.	Kapitel
KB	King's Bench
KdK	Konferenz der Kantonsregierungen
KSZE	Konferenz zur Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa
LdU	Landesring der Unabhängigen
Leb.	Recueil Lebon des décisions du Conseil d'Etat
LeGes	Gesetzgebung heute/Législation aujourd'hui/Legislazione d'oggi/Legislazium dad oz
LJ	Lord Justice of Appeals
LNTS	League of Nations Treaty Series
LugUe	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, vom 16. September 1988 (SR 0.275.11)
M. & S.	Maule & Selwyn's King's Bench Reports (1813-1817)
MLR	The Modern Law Review
MR	Master of the Rolls
NA	Nationale Aktion gegen die Überfremdung
NATO	North Atlantic Treaty Organization

NFP	Nationales Forschungsprogramm
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
n°	<i>numéro</i> , Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 16. Dezember 1943 (SR 173.110)
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire (= OG)
OSZE	Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa
P.	Probate, Divorce and Admiralty Division Law Reports
Par.	Paragraph
PD	High Court, Probate, Divorce and Admiralty Division
Pet.	Peters (26 US - 41 US)
Publikationsgesetz	Bundesgesetz über die Gesetzessammlung und das Bundesblatt, vom 21. März 1986 (SR 170.512)
QB	Queen's Bench
R.	<i>Regina / Rex</i> (=Königin/König)
RC	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
Rec.	Recueil
RF	<i>Regeringsformen</i> (Verfassung)
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RFHE	Entscheidungen des Reichsfinanzhofs
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGDIP	Revue générale de droit international public
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RITD	Revue internationale de la théorie du droit
RS	Recueil systématique du droit fédéral (= SR)
Rs.	Rechtssache
RSA	Recueil des sentences arbitrales (Hrsg. von der UNO)
RSDIP	Répertoire suisse de droit international public

RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz, vom 21. März 1997 (RVOG; SR 172.010)
Rz.	Randziffer
S.	Seite; Satz; Recueil Sirey
s.	siehe
Sc. St. L.	Scandinavian Studies in Law
SD	Schweizer Demokraten
Sekt.	Sektion
SJIR	Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
Slg.	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften
SP	Sozialdemokratische Partei
SPSR	Swiss Political Science Review (Schweizerische Zeitschrift für Politische Wissenschaft)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
Sten. Bull. StR	Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung, Ständerat (ab 1963: Amtl. Bull. StR)
SVP	Schweizerische Volkspartei
SZ	Schwyz
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
TANU	Tribunal administratif des Nations Unies
TAOIT	Tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail
ÜbBest.	Übergangsbestimmungen
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation
UNJYB	United Nations Juridical Yearbook
UNO	United Nations Organisation
UNO-Pakt I	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.1)
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2)
UNTS	United Nations Treaty Series
US	United States Reports

USLW	United States Law Weekly
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung, vom 20. März 1981 (SR 832.20)
VC	Vice-Chancellor
VEB	Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden (ab 1966: VPB)
VerwRspr.	Verwaltungs-Rechtsprechung in Deutschland
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
Wall.	Wallace (68 US - 90 US)
WEU	Westeuropäische Union
Wheat.	Wheaton (14 US - 25 US)
WLR	Weekly Law Reports (1953 ff.)
WTO	World Trade Organisation (Welthandelsorganisation)
WVÜ	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, vom 23. Mai 1969 (SR 0.111)
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch, vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZEUBBG	Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union, vom 12. März 1992
ZEUBLG	Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union, vom 12. März 1993
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht
Ziff.	Ziffer
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht